

PROCESO No. 11162

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. RICARDO CALVETE RANGEL

APROBADO ACTA No. 77

Santa Fe de Bogotá, D.C., Mayo veintisiete de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia anticipada, condenó a MARIA HELENA CORNEJO DE BECERRA y YAQUELINE PINEDA TRIANA, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, multa de cien mil pesos (\$100.000), y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de cinco (5) años, como coautoras de los delitos de peculado por apropiación, y falsedad en documento público y privado. El Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó parcialmente la decisión, subiendo el tiempo de la pena principal -“corrección aritmética”- a cuarenta y siete (47) meses y cinco (5) días de prisión, revocando el subrogado de la condena de

ejecución condicional, así como la condena en perjuicios, para en su lugar negar el subrogado concedido por el a quo y declarar que se deja a las partes en libertad de acudir ante la jurisdicción civil para que hagan efectivos sus derechos económicos.

Los defensores de las acriminadas interpusieron y sustentaron el

recurso de casación que se procede a resolver.

I. HECHOS

El juez de primera instancia los relató en la sentencia así:

“María Helena Cornejo de Becerra sirve el cargo de Tesorera del Instituto para el Desarrollo Municipal de Santander, desde el 21 de abril de 1978 hasta el 25 de febrero de 1992 y Yaqueline Pineda Triana el de auxiliar de crédito de la misma entidad desde el 7 de marzo de 1989, hasta el 27 de enero de 1992.

Durante su gestión de manera mancomunada se dieron a la tarea de elaborar cuentas ficticias utilizando fraudulentamente para ello sellos oficiales, falsificando la firma del Delegado del Plan Nacional de Rehabilitación, de supuestos proveedores al endosar títulos valores también espurios y mediante tal actividad se apropiaron de dineros pertenecientes a la entidad gubernamental del orden departamental que, según, el fallo de la fiscalía delegada ante el Honorable Tribunal Superior ascendió a la suma de ocho millones seiscientos mil pesos (\$8.600.000), fl. 10 cuaderno No. 4), misma que es reconocida por la acusada Cornejo de Becerra.”

I. ACTUACION PROCESAL

El entonces Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Bucaramanga abrió la investigación, ordenando la vinculación mediante diligencia de indagatoria de MARIA HELENA CORNEJO DE BECERRA y JAQUELINE PINEDA TRIANA, pero posteriormente, ante la renuencia de las sindicadas a comparecer, las declaró personas ausentes, nombrándoles

defensores de oficio.

La situación jurídica fue resuelta con detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación en concurso homogéneo, y falsedad material de particular en documento publico y documento privado. No se les concedió libertad provisional.

Los defensores manifestaron su deseo de acogerse al trámite especial previsto en el original artículo 37 del Decreto 2700 de 1991. Como respuesta la Fiscalía 1ª de Patrimonio Fiscal, que asumió la instrucción del asunto por cambio legislativo, ordenó oír en indagatoria a las sindicadas, para lo cual fijó fechas y horas, añadiendo que: “Logrado lo anterior, iníciase con ellas, conversaciones previas, tendientes a la terminación anticipada del proceso, invocada por sus respectivos defensores en escritos precedentes...”.

A folio 285 del mismo cuaderno, obra el informe final rendido por los profesionales de la Contraloría con destino al Secretario General de la Contraloría Departamental de Santander, sobre las presuntas irregularidades cometidas al seno del IDESAN por las funcionarias investigadas.

El 20 de octubre de 1993 se recibió en la Secretaría Común de la Unidad Seccional Fiscalía Especializada, el informe realizado por la Contraloría Departamental de Santander sobre el estudio contable en el IDESAN, en relación con las irregularidades a cargo de quien se desempeñaba como Tesorera del Instituto para los años 1989 a 1992, y sobre las diversas modalidades de ejecución de las mismas.

El 21 de octubre siguiente la Fiscalía declaró clausurada la investigación y procedió a surtir el trámite correspondiente, calificando el mérito probatorio del sumario en providencia de abril 12 de 1994, con resolución de acusación contra las procesadas, como autoras de los delitos de peculado por apropiación (en concurso homogéneo), falsedad material de particular en documento publico y falsedad en documento privado, también

en concurso.

Apelado el auto calificadorio por parte del Ministerio Público y los defensores de las procesadas, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal resolvió en providencia de junio 17 de 1994, con las siguientes modificaciones:

“Esta Fiscalía confirmará la resolución de acusación que dictó la Fiscalía Primera Especializada el 12 de abril de 1994, respecto de los delitos de peculado por apropiación, falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado, con las modificaciones señaladas en esta providencia, esto es, que la procesada YAQUELINE PINEDA TRIANA es determinadora de los hechos punibles de peculado por apropiación, y que la cuantía total de estos delitos no está determinada pero asciende por lo menos a ocho millones seiscientos mil pesos”.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga adelantó la etapa del juicio, despacho ante el cual las procesadas en contumacia solicitaron el trámite especial previsto en el artículo 3º de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 37 del C. de P.P., con la manifestación expresa de aceptación total de los cargos precisados en la resolución de acusación.

El Juzgado Penal del Circuito no consideró viable la solicitud, fundamentalmente por la condición de ausentes de las sindicadas, denegando su trámite. Contra esta decisión interpusieron recurso de apelación los defensores, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior revocando en todas sus partes la providencia apelada, para en su lugar ordenar que se diera curso al trámite de sentencia anticipada impetrado.

El Juzgado de conocimiento dictó sentencia condenatoria contra MARIA HELENA CORNEJO DE BECERRA y YAQUELINE PINEDA TRIANA en los términos antes reseñados, la que fue confirmada por el Tribunal parcialmente con las modificaciones ya referidas.

I. LAS DEMANDAS

1.- DEMANDA A NOMBRE DE MARIA HELENA CORNEJO DE BECERRA.

A.- Con invocación de la “CAUSAL PRIMERA”, ataca el fallo impugnado por considerar que “viola de manera directa el inciso segundo del artículo 139 del C. P., al ignorarse, por indebida apreciación probatoria, que mi mandante reintegró la totalidad de la suma defraudada antes de que se profiriera sentencia de segunda instancia”.

Al reducirse la pena a imponer en solo una cuarta parte por reintegro parcial, se cargó a cuenta de la implicada “una mayor responsabilidad a partir de una equivocada valoración probatoria”. La determinación de la cuantía de la defraudación solo fue posible a partir de la confesión que de la misma hizo la señora CORNEJO DE BECERRA, pues el informe definitivo rendido por la Contraloría Departamental sobre el manejo de cuentas en el IDESAN, por “inconsistente” fue desestimado en el momento de la calificación del mérito sumarial, y no puede ser convertido en “consistente”, confiable y suficiente al momento de resolver un recurso contra la sentencia, por mera decisión subjetiva del fallador de segundo grado, para agravar la situación de la condenada.

Las pruebas presentadas por la parte civil al sustentar la alzada fueron notoriamente extemporáneas, como lo reconoció el Tribunal, razón por la cual no se puede edificar en ellas la modificación de la dosificación punitiva. De lo anterior colige lo siguiente:

“El fallo reclamado, entonces, al aplicar la preceptiva del inciso tercero del artículo 139 del C.P., sobre la base de otorgar mérito probatorio a los documentos aportados extemporáneamente por la Parte Civil o a un informe cuya valoración había sido precisada con claridad por el señor Fiscal Delegado ante el H. Tribunal (con lo cual fijó los límites de la acusación), violó directamente la ley sustancial pues el precepto aplicable no

podía ser otro que el contenido en el inciso segundo del mismo artículo 139 del código citado...”

Solicita a la Corte, aceptar como “debidamente probada la causal primera de casación a que alude el numeral 1º del artículo 220 del C. de P.P.. En subsidio, ruego considerar la existencia de la causal segunda, que propongo a continuación.

B.- “CAUSAL SEGUNDA: FALTA DE CONSONANCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LOS CARGOS FORMULADOS EN LA RESOLUCION DE ACUSACION :”

Parte de la base de que con la adopción del sistema acusatorio no varió la necesidad de la congruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia, lo que en últimas viene a justificar su inclusión como causal de casación.

La providencia del Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, “mediante la cual se confirmó la resolución de acusación, precisó de manera inequívoca el quantum de la defraudación, extremo este que apunta a determinar uno de los importantes elementos de la dosimetría de la pena. Y tal precisión -la suma de Ocho Millones Seiscientos Mil Pesos-, se mantuvo inalterada durante la etapa del juicio pues, como bien lo sostiene el propio Tribunal, las pruebas con las que la Parte Civil pretendía impugnar tal cuantía fueron ‘abiertamente extemporáneas, violatorias del artículo 246 del C. de P.P.’, norma que perentoriamente exige que toda providencia debe fundarse en la prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación” (subraya fuera de texto).

Frente a la defraudación por la que debía responder en juicio su mandante, fijada en la resolución de junio 17 de 1994, proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, sin que mediara prueba alguna con capacidad modificatoria, el Tribunal decidió no sólo condenar por una cantidad mayor e indeterminada, pero en todo caso superior a la fijada en la resolución acusatoria, sino que agregó, que el reintegro era parcial, con lo que por

supuesto, las consecuencias jurídicas se hicieron más gravosas para su representada, al determinar que el beneficio de reducción sólo sería en la proporción señalada en el inciso tercero del artículo 139 del C.P.

La falta de congruencia “aparece entonces de resalto: mientras en la Resolución Acusatoria el cargo se contrae a la apropiación de Ocho Millones Seiscientos mil Pesos, en la sentencia se condena por una suma indeterminada pero superior, en todo caso a aquella por la que se acusó...”

Finalmente solicita a la Corte aceptar como debidamente probadas las causales invocadas en la demanda, con base en ello casar la sentencia recurrida, dictando la que deba reemplazarla.

2.- DEMANDA A NOMBRE DE YAQUELINE PINEDA TRIANA.

A.- “Causal Primera: CUANDO LA SENTENCIA SEA VIOLATORIA DE UNA NORMA DE CARACTER SUSTANCIAL”. En términos muy similares a los consignados en la demanda anterior, el libelista ataca la sentencia por considerar que es violatoria del inciso segundo del artículo 139 del Código Penal.

Sobre esta base sustancial, y del hecho de haber aceptado los cargos en todo su contexto, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al pronunciarse sobre la resolución de acusación puntualizó la adecuación típica por la que deberían responder las procesadas; “con base en la apreciación de los hechos y la determinación de la cuantía; se edificó la petición de sentencia anticipada, teniendo en cuenta para ello los beneficios que en su orden podrían ser llamados a ser objeto de aplicación en el caso...”. Dichos beneficios tocaban con el descuento por sentencia anticipada y por el “reintegro total de la suma apropiada”, pues “se procedió a efectuar la incorporación de esos dineros en su totalidad conforme a la acusación”.

No se entiende como ahora el Tribunal “determina la aplicación del inciso segundo (sic) del mencionado artículo 139 del C.P., para hacer más gravosa la pena de las procesadas, pues en esta oportunidad, únicamente se les está reconociendo un beneficio equivalente a la disminución de una cuarta parte de la pena. Esta apreciación va en contravía no solamente de esta norma sustancial, sino que también ataca y de manera fulminante los principios constitucionales contemplados en los artículos 29 y 31”, cuyos textos transcribe, para anotar que :

“...la apreciación que se hace de la prueba presentada extemporáneamente, prueba espurea y sin controvertir, no puede sobre esa base edificarse como lo hiciera el H. Tribunal, una sentencia condenatoria y más aún el los términos de agravación que lo hiciera, ‘ésta apreciación considerada en términos como error de derecho que se evidencia cuando el juzgador le niega a una prueba el valor que la ley le asigna, o le reconoce el valor de prueba a una que carece de relevancia jurídica, o acepta como prueba la que penetró al proceso sin el lleno de las exigencias legales; así las cosas la relevancia jurídica del material probatorio allegado y valorado en forma oportuna no es dable discutirlo en esta instancia, pues si la estructuración del fallo de segunda instancia estuviera acorde con ellas no encajaría la pretensión de la demanda; pero observando con la óptica jurídica el yerro en que incurrió la Sala Penal del H. Tribunal, al acceder y tomar como valoración probatoria la prueba presentada, para cambiar la consonancia y armonía entre la resolución de acusación -material probatorio- normas sustanciales aplicadas -sentencia; resulta flagrante, pues con esta apreciación se pierde la conexión procesal que existe y debe existir en todo pronunciamiento judicial”.

Concluye que el ad quem pretendió encausar la aplicación del artículo 139 en su inciso final, dando mérito a documentos aportados ilegítimamente y desconoció en ese orden el acervo probatorio legítimo del proceso, “lo que configura la violación directa de la Ley”, pues lo concerniente fue el estudio hecho por el a quo aplicando el segundo inciso del mencionado artículo 139 del C.P..

B.- “Causal segunda: CUANDO LA SENTENCIA NO ESTÉ EN CONSONANCIA CON LOS CARGOS FORMULADOS EN LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN”.

Como la Fiscalía Delegada ante el Tribunal fijo los cargos en peculado por apropiación, falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado y en el mismo proveído se determinó la cuantía en \$ 8.600.000,00, la que permaneció inalterada tras casi 12 meses en que se vino a producir la sentencia, incluso por la parte civil de la que resalta su “pasividad y desatención”, sucedió que: “ No obstante la correlación del pliego de cargos y la sentencia de primera instancia existente, el H. Tribunal al atender la Alzada de la Parte Civil, rompe de bulto la identidad que obligatoriamente debe existir entre estas dos partes del proceso, es decir, la consonancia de los cargos con la sentencia desaparece con el pronunciamiento de la corporación, ... por que deja de un lado la precisión que se evidenció a lo largo de la actuación en relación con el monto y aceptación sin el menor reparo que ella, la cuantía, es muy superior a la impuesta, y decide que el reintegro efectuado fue solamente parcial”.

Darle validez a esa decisión repercute en el hecho de aceptar la desidia y el yerro en que pudo incurrir el instructor, que son culpas endilgables exclusivamente al aparato de justicia y que no deben ser soportadas por las personas. Enfatiza que, si bien es cierto que no pone en tela de juicio la comisión del ilícito en el IDESAN, también lo es que se allegó al proceso los presupuestos proyectados para la entidad en mención concernientes a los años 1989, 1990, 1991 y 1992 que ascienden a la suma de cuatrocientos cincuenta millones de pesos, y si efectuamos una deducción razonable de acuerdo al valor que el despacho tuvo en cuenta para la imputación teniendo como base los tres años que laboró su representada en la institución, no corresponde a la suma que se le endilga, porque el desfaldo se convertiría en notorio, por ello considera que esto no encaja dentro de una realidad posible; “y es acá donde nace la teoría y argumento que siempre hemos sostenido y el que ha sido sordo en atenderlo, es el que hace referencia a que la defraudación no alcanzó los límites de los ocho millones de pesos y que toda esa serie de

inconsistencias salidas con ocasión de la confrontación fiscal efectuada no obedece sino al mal manejo auditado que instituciones como la Contraloría Departamental dan a los entes sometidos a régimen”.

Afirma que la Corporación incurrió así en ostensible contradicción entre los cargos formulados y la sentencia proferida, por lo que solicita a la Corte que case la sentencia recurrida, habida cuenta que se encuentra demostrada la causal segunda del artículo 220 del C. de P.P..

I. ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El representante de la parte civil presenta un escrito en el que expone fundamentalmente lo siguiente:

No existe duda en el proceso en relación con la responsabilidad de las procesadas; “la divergencia surge en lo referente al monto de los perjuicios que se ocasionaron a la administración pública, los cuales fueron superiores al valor confesado por las condenadas”.

Existen pruebas dentro del sumario, que demuestran que la cuantía “hurtada” al Instituto fue superior a la confesada, tales como los fallos proferidos por el Juez Fiscal de la Contraloría Departamental que condena a pagar una suma mayor a la confesada, existiendo una diferencia abismal entre los dos valores. Tales pruebas fueron aportadas en la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En las demandas no se esboza una teoría verdaderamente jurídica, sino que atiende más a la vehemencia que a la razón, además de que los defensores no aportaron

ninguna prueba que respaldara lo dicho por las procesadas, quienes en momento alguno se acercaron a los estrados judiciales a fin de demostrar su inocencia. Agrega que:

“...Se confesó una conducta, que constituye un hecho punible, pero no se confesó el daño causado como consecuencia del mismo; la figura de la sentencia anticipada se presenta cuando la parte actora confiesa y acepta la comisión de los delitos por los que se investiga, pero no puede valorarse en esa instancia la cuantía de los perjuicios ocasionados y el ad-quem reconoce en su sentencia que en ningún momento la providencia impugnada consulta con la realidad procesal ya que se advierte que la cuantía objeto de apropiación superó lo entregado como reintegro basándose en los informes realizados por la Comisión de la Comisión (sic) Departamental”.

El casacionista estima que el fallador realizó una indebida apreciación probatoria ya que no sólo demanda la violación directa de una ley, sino que se dedica a impugnar la prueba, lo que es errado según jurisprudencia de la Corte. Yerran los demandantes al alegar una violación directa de la ley sustancial y sustentarla como violación indirecta, ya sea por error de hecho o de derecho, además que existe imposibilidad de alegar simultáneamente estas dos vías de ataque.

Solicita: “...no casar la sentencia ya que existe contradicción de los impugnantes al sustentar el recurso”.

I. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desestimar los cargos planteados en las dos demandas, y en consecuencia no casar la sentencia impugnada, para lo cual expone los siguientes argumentos:

La similitud de las demandas en sus aspectos esenciales permite acometer simultáneamente su crítica, pues los reparos del mismo tenor devienen de su proposición. En las dos demandas examinadas los recurrentes plantean los mismos cargos y por ello procede la Delegada a pronunciarse sobre la viabilidad de los mismos.

1.- PRIMER CARGO.

Razón le asiste al representante de la parte civil -no recurrente-, cuando reprocha de este primer cargo común en las demandas, su evidente carencia de técnica, por cuanto su propuesta en el ámbito de la causal primera, inciso primero, del artículo 220 del C. de P.P., elimina la posibilidad de controvertir la prueba, como que su invocación determina la aceptación de tal, y de los hechos sustentados en su apreciación, en la forma como fueron concebidos por el sentenciador.

Fácil resulta extraer de los escritos que pese a adoptar la senda de la violación directa de la ley sustancial, su sustento radica en el cuestionamiento probatorio infundido por el juzgador. Destacar que el error compartido por los impugnantes en este específico aspecto, cierra el paso a la posibilidad de éxito del cargo, lo que se consolida aún más con la concreción de otra serie de desaciertos en los libelos, que pasa a pormenorizar.

En la primera demanda, tampoco se pueda aceptar como una formulación suficiente para edificar una violación indirecta de la ley sustancial, cuando no se determina el tipo de error que adjudica sobre la apreciación probatoria, bien de hecho o de derecho en sus diferentes modalidades. Tampoco fija el recurrente el alcance de su impugnación, pues no se trata de que se acepte como probada la causal invocada, sino de exponer a la Corte inequívocamente su pretensión; lo contrario, la indeterminación, conduce a la Corporación a asumir el rol corrector de las imprecisiones del libelista, actitud vedada en

esta sede extraordinaria.

El segundo recurrente, recae en desaciertos adicionales que frustran por completo la aptitud de triunfo de su pretensión. El argumento central es el mismo y el yerro por consiguiente también lo es, pero a ello se suman otras glosas igualmente desafortunadas de la vía de ataque casacional, esto es, la confusión de todas las causales de casación en el primer cargo, que convierte su censura en una amalgama inteligible de conceptos, en la que pasa, tras haber fijado el punto de partida en el reproche con base en la causal primera por violación directa de la ley, a la transgresión de los principios rectores contenidos en los artículos 29 y 31 de la Carta, sin profundizar sobre tales, que configuran diferentes modalidades de error en casación -in procedendo- cuyo trato obedece a la causal tercera, desacatando así los dictados que regentan el recurso; y sin la demostración del aludido en particular.

Además, el actor en mención mezcla su propuesta con la que sugiere en el segundo cargo, refiriéndose a la incongruencia, que en su particular visión observa entre la resolución de acusación y la sentencia, acentuando con ello la mixtura incomprensible del cargo, que solo denota el desconocimiento de las elementales reglas que regulan el recurso.

Por último, se adentra el casacionista en la crítica probatoria, reprochando al ad quem apreciación de prueba extemporánea, a la postre modificadora de la situación procesal de su representada. Podría pensarse que en el fondo su tacha adviene los límites de la violación indirecta de la ley sustancial, reproche que no puede tomarse más que como un comentario infundado sobre tal, cuando ni siquiera individualiza la prueba que supone condujo al yerro judicial, y tampoco evidencia con propiedad el tipo de error y su trascendencia en el fallo en acople a la normatividad sustancial puntual, para poder esquematizar una respuesta en el terreno de la causal primera cuerpo segundo.

Se puede constatar que el censor califica como error de derecho el supuesto desacierto del Tribunal, al aceptar como válida una prueba extemporánea, pero se dedica a enunciar las posibilidades de concreción de este tipo de error, sin que se advierta un reproche en concreto sobre cualquiera de ellos, dejando su postulación a medio camino.

Las múltiples falencias de uno y otro recurrente, refrendan la improsperidad del cargo, en gracia a la imposibilidad de su refacción por la operancia del principio de limitación en la sede.

2.- SEGUNDO CARGO.

El cuestionamiento merecen tres reparos:

a) Se refiere exclusivamente al instituto de la congruencia, con énfasis en aquellos aspectos que ligan inexorablemente al fallador con relación al pliego de cargos. Sin embargo, la correspondencia entre las fundamentales decisiones procesales radica sobre el hecho punible y las circunstancias que lo califican, que es lo que en estricto sentido marca la concepción del “cargo”, más no en lo especial sobre el asunto “relativo a los perjuicios”, cuyo dicho factor, primordialmente no es connatural a la imputación del punible respecto de su conducta, “sino que representa una mera consecuencia civil de su comisión”.

Conciernen estrictamente a los parámetros de la congruencia, los aspectos relativos a la calificación jurídica provisional establecida en la resolución de acusación.

El marco referencial, en punto a las diversas calificaciones de la modalidad de incongruencia de la sentencia frente a la resolución de acusación, llevan sin hesitación alguna, a que tal aspecto se refiere exclusivamente al concepto del cargo, entendido como imputación punible de la conducta, y que no involucra por ende, un compromiso respecto del factor “determinación de perjuicios”, de tal suerte que su fijación por el

calificador no tiene sino un carácter informativo y no puede ser impeditivo, de la potestad conferida al sentenciador para apartarse en la sentencia de su delimitación, desechando incluso totalmente lo dispuesto en ese sentido por el funcionario acusador.

b) En el segundo aspecto, es claro que la facultad de fijar los “perjuicios” corresponde al juez y no al calificador, pues para tal efecto cuenta con una amplia potestad que le confieren las normas penales, en especial los artículos 106 y 107 del C.P. Por consiguiente, no está sujeto a una atadura procesal previa, ni siquiera a la que provenga del dictamen de los peritos que tan solo actúan como colaboradores en la determinación de los mismos, acorde con lo señalado en el artículo 273 del C. de P.P., en consideración además, a que el momento definitivo de su justiprecio es en la sentencia y nunca antes, como erradamente lo quieren hacer ver los casacionistas.

No es viable aceptar que no sea el juez el determinador de los “perjuicios” y que a cambio lo sea el fiscal calificador -en el caso específico acusador- pues tal interpretación generaría concebir el papel del juez nupatorio en la fijación de los mismos; más aún, también lo sería en ese sentido el diligenciamiento de la causa, al extremo de que si se aceptasen nuevos elementos de convicción sobre su estimación, no podrían ser tenidos en cuenta, por la camisa de fuerza que vendría a entrañar la resolución de acusación en ese aspecto. Resulta además contradictorio el planteamiento de los recurrentes al estructurar sobre tal base la incongruencia, pero aceptando veladamente que nueva prueba en la causa vendría a derrumbar la estimación de “perjuicios”, pues indiferentemente a la verificación de un nuevo elemento probatorio sobre el hecho en la etapa del juicio, o su inexistencia -como ocurre en el caso sub-examen-, no implica esto indefectiblemente que el juzgador deba sujetarse a una tasación elaborada por el fiscal calificador.

Señala las únicas cortapisas que legalmente se imponen al juez en la labor de justiprecio de los “perjuicios”, a las que se refiere la Corte en el aparte del pronunciamiento que

transcribe. Lo anterior permite considerar, que por manera alguna es aceptable el postulado de incongruencia referente al estimativo de “perjuicios” en la resolución acusatoria.

c) Tampoco tiene asidero real la crítica esgrimida por los impugnantes, en cuanto al supuesto parangón que se toma de la resolución de acusación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, en lo atinente al monto de los “perjuicios” causados; esta base, ciertamente no es en los términos esbozados por los contradictores de la sentencia, teniendo en cuenta lo que en realidad adujo el calificador. Transcribe el aparte pertinente para destacar, que lo que debe entenderse de su contexto es que jamás quiso el Fiscal Delegado determinar los perjuicios en esa suma exacta de \$ 8.600.000,00, en tanto que su expresión es bien clara, solo pudiéndose inferir de su contexto que no exclusivamente se hayan contraído a la susodicha suma, “sino que por lo menos, ascendían a tal cantidad”, lo que denota la posibilidad de un perjuicio económico mayor a esa cantidad.

En estos términos se debe subrayar, que si la supuesta aseveración de la Fiscalía motivó la inconformidad para predicar la incongruencia, como lo alude específicamente el Dr. Ordoñez, en su mero contexto real y fáctico, se trata simplemente de una interpretación desafortunada del contenido de la resolución acusatoria, sobre cuya base no puede plantearse el cargo, aunándose esto a los comentarios precedentes.

Estas son las razones en conjunto, para desestimar el cargo presentado por los casacionistas.

3.- ACLARACION FINAL.

Podría pensarse eventualmente que la decisión adoptada por el Tribunal, sobre la sentencia anticipada de primer grado, resulta lesiva del artículo 217 del C. de P.P., modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, que impide al ad quem abordar temas que superen el aspecto impugnado, en la medida que, con soporte en la modificación

atribuida por el Tribunal, en principio sobre los perjuicios -dejándoles indeterminados- se procedió a la redosificación de la pena impuesta a las procesadas, revocándoseles subsiguientemente el subrogado de la condena de ejecución condicional, tópicos estos últimos sobre los cuales no concernía la impugnación.

Pero no, la Delegada estima que dicha limitación opera exclusivamente cuando los factores abordados por el funcionario de segunda instancia son inconexos frente al punto cuestionado, ya que en tal caso el superior incurriría en un atropello de la norma, al corregir factores sobre los cuales no tenía facultad de pronunciarse, cosa que no sucede en el caso en estudio.

El recurrente de la sentencia de primer grado estaba investido de facultad en procura de impugnar la sentencia anticipada, en orden a lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 4º, ya que asiste interés a la parte civil para oponerse a la tasación de perjuicios de la sentencia anticipada, por lo que existe legitimidad del recurso.

El Tribunal adquirió competencia legal para conocer sobre el punto, aspecto sobre el cual no existe polémica; empero, el conferir razón a argumentación del recurrente, sobre la poquedad del monto de los perjuicios, necesariamente conducía a efectuar ajuste a la pena, que fue lo que en efecto sucedió, explicable en el hecho de que determinándose que el monto de los perjuicios no era simplemente los \$ 8.600.000,00, sino un monto mayor, pero indeterminado en el proceso, repercutía en la concesión de la atenuante específica del artículo 139, que hace alusión al reintegro total de perjuicios, para considerarse, en esos términos, solamente como reintegro parcial, al tenor de lo establecido en el mismo artículo en su inciso tercero, con las consecuencias punitivas que ello engendraba ; es decir ya no conceder una rebaja de hasta la mitad de la pena, sino hasta en una cuarta parte, que fue lo que en efecto hizo el Tribunal.

Esa redosificación conllevó además la revocatoria del subrogado de la condena de

ejecución condicional, inicialmente librado en favor de las procesadas. En criterio de la Delegada, el tomar la primera decisión respecto al monto de los perjuicios, inevitablemente comportaba del Tribunal asumir las otras decisiones conexas en el caso estudiado, en su esencia a la primera, sin que pudiese la Corporación sustraerse de hacerlo de esa manera en acatamiento absoluto del principio de “Legalidad de la Pena”, que le obligaba en ese sentido.

No fue correcta la senda nominalmente adoptada por el Tribunal, al calificar la labor de redosificación de la pena que efectuó como una “corrección de error aritmético de la sentencia”, que es de naturaleza exclusivamente formal y no sustancial; muy a pesar de ello, el asunto no resulta incidente en la decisión adoptada.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por la forma como están presentados los reproches en las dos demandas de casación materia de estudio, se posibilita una respuesta conjunta para ellos, pues los impugnantes coinciden en todos los aspectos esenciales.

1.- PRIMER CARGO.

a) En los dos libelos examinados se invoca la causal primera de casación, para atacar la sentencia del Tribunal por considerar que viola de manera “directa” el inciso segundo del artículo 139 del Código Penal, lo cual apoyan en lo siguiente:

Primera demanda: “...al ignorarse, por indebida apreciación probatoria, que mi mandante reintegró la totalidad de la suma defraudada antes de que se profiriera sentencia

de segunda instancia”.

Segunda demanda: al “...encausar la aplicación del artículo 139 del C.P. en su inciso final, dando mérito contundente a los documentos aportados ilegalmente al proceso y desconoció en ese orden el acervo probatorio legítimo del proceso, en el que se basó el Señor Fiscal Delegado Ante el Tribunal, para concretar la cuantía de la apropiación, lo que configura la violación directa de la Ley”, porque dentro del término de la norma en cita, “se procedió a efectuar la incorporación de esos dineros en su totalidad y conforme a la acusación”.

Es evidente que les asiste razón al Ministerio Público y al representante de la parte civil, en lo atinente a que los casacionistas incurren en la contradicción de invocar la violación directa de la ley sustancial, aduciendo como sustento fallas en la apreciación probatoria, argumento propio de la vía indirecta.

Sobre el punto la Delegada trae a colación un pronunciamiento de la Sala, que con ponencia de quien ahora cumple ese mismo cometido, reitera algunas precisiones relacionadas con la causal en cuestión, que es pertinente recordar, y que son del siguiente tenor:

“La claridad y precisión de los fundamentos del reproche dependen de la vía seleccionada: si se trata de violación directa, se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron apreciados por el sentenciador, y orientar la argumentación a demostrar que existe en la decisión atacada un error consistente en la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma sustancial.

“Si se acoge la violación indirecta, el impugnante debe demostrar que como consecuencia de no haber apreciado una prueba, o de haber tenido en cuenta una que no existe materialmente en el proceso, o de haber tergiversado el contenido fáctico del medio probatorio o de otorgarle mérito a una prueba ilegal, o de darle un valor mayor o

menor del que la Ley le otorga (las tres primeras hipótesis constituyen error de hecho y las dos siguientes error de derecho), la sentencia es violatoria de una norma sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida..." (julio 19 de 1995).

b) De otra parte, con la formulación del segundo cargo por incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, los censores ponen de presente que al hacer el Tribunal ese tipo de valoraciones probatorias cambia los hechos aceptados por las acusadas, con evidente afectación del debido proceso, lo cual es indicativo de que el ataque no era viable por la causal primera.

También cabe anotar que la alegación sobre la apreciación probatoria no cumple las exigencias de precisión y fundamentación, tal como lo destaca el Procurador Delegado, lo cual es una falla que se suma a las anteriores, suficientes para desestimar el cargo.

2.- SEGUNDO CARGO.

a) Tanto el Ministerio Público como el representante de la parte civil incurren en el error de malinterpretar el cargo, pues no es cierto que la incongruencia planteada por los impugnantes se refiera al valor de los perjuicios, sino al valor de lo apropiado, que es el monto cuya oportuna restitución puede dar lugar a la rebaja de pena de que trata el artículo 139 del Código Penal.

Debido a ese error el Ministerio Público destina buena parte de su concepto a demostrar que corresponde al juez definir en la sentencia el valor de los perjuicios causados, lo cual es cierto, pero no corresponde al tema propuesto por los demandantes, quienes no se están quejando de la condena en perjuicios porque el Tribunal la revocó y dispuso que su pago podía buscarse por la vía civil. Lo que los defensores aducen es que para la aceptación de los cargos se tuvo en cuenta la cuantía indicada por la fiscalía, la cual fue restituida con miras a obtener la rebaja de pena, factor que no podía cambiar el Tribunal en

la sentencia.

b) Los cargos formulados en la resolución de acusación fueron por concurso homogéneo de peculados por apropiación, concurso de falsedades en documento público, y concurso de falsedades en documento privado, todo a su vez en concurso heterogéneo, los cuales fueron aceptados por las encausadas, dando lugar a la sentencia condenatoria que profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito, con una pena excesivamente benigna, pero ajustada a los cargos imputados.

El Tribunal confirmó la sentencia, pero no estuvo de acuerdo en que el valor reintegrado correspondiera a lo apropiado, pues a su juicio las pruebas indicaban una cuantía mayor, la cual no señala, y aduciendo un supuesto error aritmético en la tasación de la pena, que obviamente no existió porque la operación fue correcta, ya que el Juez estimó que el reintegro fue total, resolvió decir que la rebaja de pena aplicable no era la del inciso segundo del artículo 139 del estatuto penal, sino la del inciso tercero, esto es, en lugar de hasta la mitad, hasta la cuarta parte.

c) Teniendo en cuenta que la consonancia hace relación a que la sentencia no puede sancionar por hechos diferentes a los endilgados en la acusación, ni por una denominación jurídica distinta, ni por agravantes modificadoras de la punibilidad no imputadas expresamente, ni por agravantes no modificadoras de la punibilidad que requieran valoración y que no fueron advertidas en el llamamiento a juicio, ni desconociendo circunstancias de atenuación reconocidas, no hay duda de que en este caso el fallo recurrido es incongruente, pues dado el punible imputado, la cantidad apropiada se identifica con el objeto material de los peculados, de ahí que tenía que ser fijada desde la formulación de los cargos, sin que en el juicio pueda ser cambiada como equivocadamente lo sugiere el Fiscal de segunda instancia.

Expresado de otra manera, en los delitos en los que la conducta punible es la

apropiación de dinero, en el pliego de cargos se debe precisar su monto, pues al no hacerlo se deja sin concretar el objeto material, que como se sabe es elemento del tipo y pieza fundamental de la imputación, cuya individualización no puede dejarse para la etapa del juicio, de modo que las pruebas que en ese sentido se soliciten son inconducentes.

Con mayor razón tratándose de un concurso homogéneo con conductas sucesivas, pues si lo que se cree es que además de las imputadas hubo otras apropiaciones que no quedaron comprendidas en el proceso, lo indicado es compulsar copias para que se investiguen por separado, pero no agregar su valor a lo endilgado en el llamamiento a juicio.

Ahora bien, es oportuno hacer la siguiente diferenciación: si lo apropiado es una cosa mueble distinta al dinero, lo importante es que en la acusación se individualice y se le aprecie económicamente para efectos de deducir las circunstancias agravantes que con base en ese factor se imputan, de suerte que no haya ninguna duda sobre lo que constituye el objeto material del ilícito, pero su valor definitivo puede ser debatido durante el juicio, y será el juez quien finalmente diga a cuánto asciende.

En el asunto en estudio el Tribunal se equivocó al creer que el valor de lo apropiado podía quedar indeterminado, y que ese vacío se podía llenar simplemente diciendo que la suma es mayor a la señalada por el Fiscal, así como también al mandar a la parte civil a cobrar los perjuicios a la jurisdicción civil, pues habiéndose constituido dentro del proceso penal, su suerte estaba ligada al resultado de esta actuación.

Como el apoderado de la parte civil no recurrió en casación, mostrándose conforme con lo decidido por el ad quem, la Corte no puede entrar oficiosamente a ocuparse de ese tema.

d) En conclusión, las procesadas solicitaron la sentencia anticipada estando en firme la

resolución de acusación que fijó el monto de lo apropiado en ocho millones seiscientos mil pesos (\$8.600.000), y ese valor fue el que restituyeron para hacerse acreedoras a la rebaja de pena, de ahí que el Juez tuviera por devuelta la suma total. En esas condiciones, el Tribunal no podía hacer la redosificación punitiva cambiando lo imputado por la Fiscalía con apoyo en argumentos probatorios, y mucho menos denominando esa decisión “corrección de error aritmético”, pues así cambió las pautas que fueron tenidas en cuenta por las enjuiciadas para aceptar los cargos, y dejó sin identificar el objeto material de los peculados, lo que afecta la imputación fáctica.

Como la consonancia de la sentencia con la resolución de acusación debe ser fáctica y jurídica, hay que reconocer que les asiste razón a los demandantes al invocar la causal segunda de casación, por lo tanto la Sala casará parcialmente el fallo impugnado para descontar el incremento punitivo impuesto por el Tribunal, y dejará vigente la pena señalada en la primera instancia, lo mismo que el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, que pese a considerar que no ha debido concederse, nada puede hacer al respecto.

3. ULTIMA OBSERVACION.

Hizo bien el Tribunal al resolver que aunque las acusadas no estaban detenidas era viable la aceptación de los cargos y la petición de la sentencia anticipada, pero es conveniente advertir que ello era así porque se trataba de la etapa del juicio, en donde ya existía la resolución de acusación en firme, de modo que bastaba hacer conocer al juez la voluntad de allanarse a ella.

En los casos en que el proceso esté en la fase del sumario es indispensable la presencia del sindicado a la audiencia de formulación de cargos, la cual se hace atendiendo a su solicitud, y como aún no hay resolución de acusación, esa es la oportunidad que él tiene para conocer la imputación que le hace el fiscal, y para decidir si la acepta o no, de

manera que si no concurre no hay audiencia. Además, el funcionario podría decretar la ampliación de indagatoria, lo cual, como es obvio, exige la presencia del implicado.

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

RESUELVE

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, y en su lugar dejar vigente la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, esto es, treinta y seis (36) meses de prisión, multa de cien mil pesos (\$100.000), e interdicción de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, lo mismo que el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

2. En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

ACLARACION DE VOTO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

ACLARACION DE VOTO

A continuación expongo las razones de mi aclaración de voto, que se circunscribe a un sólo aspecto de la motivación de esta providencia.

Además de la conducta descrita y de los sujetos activo y pasivo, en la conformación de un tipo penal confluye el objeto, connotación jurídica y material que en su manifestación real se identifica como la cosa sobre la cual se dirige el actor, quebrantando el bien jurídico protegido.

Así, el objeto material ciertamente constituye un elemento del tipo, no así su cuantía, como algún intérprete podría erradamente deducir de ciertos apartes de la sentencia que motivan mi aclaración, particularmente en cuanto se asevera en el primer párrafo del literal c) de la respuesta al segundo cargo (pág. 25), que “la cantidad apropiada se identifica con el objeto material de los peculados, de ahí que tenía que ser fijada desde la formulación de los cargos, sin que en el juicio pueda ser cambiada como equivocadamente lo sugiere el Fiscal de segunda instancia”.

Para superar equívocos considero necesario precisar que, así el monto del ilícito sea una circunstancia modificadora de la punibilidad en delitos como el peculado, al igual que en los que atentan contra el patrimonio económico, no es válido colegir que no se estructure el ilícito correspondiente al no estar cuantificado el monto del objeto material, como sucede simplemente porque aún no se ha efectuado el avalúo, o al no existir bases concretas que permitan realizar la tasación, como insuperablemente ocurre en las varias situaciones que comenté durante el debate en Sala, algunas de las cuales recalco más adelante en este escrito.

Al exigir el numeral 1° del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, entre los requisitos formales de la resolución de acusación, “La narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen”, lo indicado es que así se haga en cuanto a las que sean conocidas y permitan la adecuada especificación de lo sucedido, resultando excesivo aspirar a que la indicación incluya todos los detalles, cuando habrá algunos de menor pertinencia y otros importantes pero imposibles de determinar, carencia sin vigor jurídico para ocasionar que se inhiba la acusación y se caiga en la impunidad.

Tomando un ejemplo de la vida real, ante la muerte violenta de una persona cuyo cadáver fue arrojado a un río, nada impediría proferir resolución de acusación cuando se individualice debidamente, por pruebas testimoniales, de balística e indiciarias, a quien a mano armada tiempo atrás sacó a la víctima de su casa y poseía el arma con la cual fueron efectuados los disparos mortales, así nunca se sepa el lugar y la fecha precisa de perpetración del homicidio, incriminación que aún ha llegado a efectuarse sin que el cuerpo aparezca, derivándose de otros medios la cabal convicción de que el homicidio se perpetró.

En los delitos contra el patrimonio económico y contra la administración pública cuya cuantía tenga incidencia en la punibilidad, en la acusación debe indicarse el valor que se encuentre claramente determinado. Pero, en caso contrario, nada impide que al acusar se enuncie la cuantía probable, en la medida en que sea factible efectuar una aproximación pero no precisar el monto exacto, eventualmente refiriendo un tope máximo o alguna otra manera de delimitarla para los efectos de la especificación de la pena que resultaría aplicable, caso en el cual le estará vedado al sentenciador pasar a una valoración superior a la indicada en la acusación, en la medida en que ello sorprenda a la defensa y agrave inopinadamente su situación.

Más aún, considero que así no sea lo ideal, tampoco es inválido que en casos

excepcionales se difiera la determinación para el juicio, o se subsane en éste la inadvertencia en que se hubiere incurrido en la instrucción, dejando a salvo los derechos de postulación, contradicción e impugnación de la defensa, que podrá procurar que el establecimiento de la cuantía no le venga a resultar más gravoso.

Lo apoderado o apropiado en estos delitos debe tener valor económico, directamente, como cuando lo sustraído es dinero, o susceptible de ser estimado pecuniariamente, cuantía que puede quedarse sólo en aproximación sin que por ello se desnaturalice la ilicitud. Así, en algunas tentativas se puede ignorar el valor de lo que iba a ser sustraído, suma que así mismo será imposible delimitar en el caso de una institución financiera que haya sido saqueada por asaltantes externos y un funcionario se apropie en seguida de indeterminados caudales que no se hayan llevado aquéllos. O la apropiación del contenido de cajillas de seguridad donde múltiples clientes (de banco, hotel, etc.) han dejado bienes no especificados, cuya posesión muchas veces no querrán dejar conocer.

También es imposible precisar el monto de la sustracción continuada de especies monetarias clasificadas electrónicamente para destrucción (como el asunto remitido a esta Sala por el Tribunal Superior de Medellín, radicación N° 9.297), o el lamentablemente frecuente pillaje en carretera contra pluralidad de sujetos pasivos movilizados en uno o varios vehículos, mucho menos cuando el hurto calificado concurre con homicidio agravado.

En esos casos la competencia corresponde a los jueces penales del circuito y, por ende, la instrucción a los fiscales seccionales ante ellos delegados, aun en ausencia de norma expresa como la instituida en el artículo 71-1 del decreto 050 de 1987 (“...o cuando tratándose de delitos contra el patrimonio económico, no sea posible determinar su cuantía”), pues la indeterminación del monto conlleva que el “juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad” (art. 10-1-c L. 81/93), factor que fue precisamente tomado en cuenta para no mantener la innecesaria disposición anterior.

La cuantía no es entonces un elemento estructural del tipo, sino una mera circunstancia que no incide en la configuración del hecho punible, el cual subsiste independientemente de que se genere agravación o atenuación, sin perjuicio, como ya expresé, que para mayores garantías convenga delimitar unos parámetros en la acusación, de manera precisa si ello es posible, o dentro de las aludidas probabilidades de aproximación, sin que el fallador deba sobresaltar a la defensa excediendo inmotivadamente la cuantificación de un tope punitivo.

Con el respeto de siempre,

NILSON E. PINILLA PINILLA

Magistrado

(fecha: ut supra).