

Proceso No. 11290

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. RICARDO CALVETE RANGEL

APROBADO ACTA No. 104

Santa Fe de Bogotá, D.C., Julio quince de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado FABIO ARCE LUNA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad, que condenó al aquí recurrente a la pena principal de tres años de prisión y multa de quince mil pesos, como autor responsable del delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo.

I. HECHOS

El Procurador Delegado los resume así:

“El señor Fabio Arce Luna se desempeñó como Notario Segundo del Circulo de Neiva desde el año de 1980 hasta el año de 1992. Dentro de las funciones que cumplía, actuaba como retenedor de impuestos, los cuales debía consignar en un principio en la oficina de la Administración de Impuestos y posteriormente en las entidades Bancarias, obligación

que dejó de cumplir durante 26 meses en los años de 1988, 1989, 1990 y 1991, generando obligaciones por ese concepto, en suma que ascendió a sesenta millones ciento noventa y tres mil ciento cinco pesos.

“Como consecuencia de visitas de inspección realizadas por la Administración de Impuestos, se conoció de la situación y se llegó a un arreglo de pago por las sumas dejadas de consignar y se hizo la deducción de algunas consignaciones en cantidades menores realizadas por el señor Arce, como abonos a los intereses. La deuda se concretó en la suma de cuarenta y seis millones seiscientos sesenta y cinco mil seiscientos setenta y un pesos.

“Esta anomalía se había presentado con anterioridad, en los años de 1986 y 1987, razón por la cual se inició una investigación penal en los juzgados de Instrucción de Neiva, pero se terminó con auto inhibitorio. En esta ocasión el hecho se puso en conocimiento de la justicia, por configurarse con la actuación, un presunto delito de peculado por apropiación”.

I. ACTUACION PROCESAL

El Administrador de Impuestos Nacionales de Neiva formuló denuncia penal contra FABIO ARCE LUNA, quien se desempeñaba como Notario Segundo de Neiva. El Juzgado 24 de Instrucción Criminal adelantó la indagación preliminar y posteriormente el Juzgado 13 de Instrucción Criminal ordenó la apertura formal de la investigación.

Oído en indagatoria el acusado ARCE LUNA, se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

Se practicaron numerosas pruebas y con el objeto de obtener la libertad provisional se

reintegró la totalidad de lo adeudado a la Administración de Impuestos Nacionales.

Cerrada la investigación, el Juzgado Instructor calificó el mérito del sumario en providencia de fecha enero 23 de 1992, con resolución de acusación contra el implicado como autor del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

Le correspondió adelantar la etapa del juicio al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, despacho que luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra el procesado FABIO ARCE LUNA, imponiéndole la pena principal de tres años de prisión y quince mil pesos de multa, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como responsable de los punibles por los cuales fue encausado.

Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por parte del procesado y su defensor, el Tribunal Superior la confirmó.

I. LA DEMANDA

El cargo único formulado es del siguiente tenor: “Se acusa la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Neiva por ser violatoria de ley sustancial al dejar de aplicar las normas atinentes a la exclusión de antijuridicidad (art. 29 del C.P.) y del dolo (art. 36) por ausencia de conciencia de antijuridicidad, en lo cual se ha incurrido por un defecto de adecuación social de los hechos por errada apreciación probatoria”.

El demandante inicia la fundamentación del cargo con la indicación de una de las consideraciones del Tribunal sobre la forma como el procesado pudo haber manejado la situación de crisis por la que atravesaba, para indicar que el sentenciador desconoce la

prueba testimonial que señala que ARCE LUNA se colocó al borde de la ruina económica, y enuncia las declaraciones rendidas por varias personas al respecto.

Estima que “el yerro de adecuación por deficiente apreciación de la prueba en que incurrió el ad quem, se enmarca dentro de la exigencia y reproche que le formula al sindicado de haber tenido que venderlo todo sin tener que enviar a su hijo fuera de Colombia en busca de su curación”. Esto constituye para la defensa una indebida sustitución del Tribunal de las condiciones reales que afectaban la vida y la psiquis de Fabio Arce. “En efecto, no hubiera sido efectivo el esfuerzo de salvamento si no hubiera mantenido su condición social en el límite en que se colocó”.

Si el procesado se hubiera arruinado antes de cualquier otra conducta, perdía la “infraestructura social, que le permitía sobrevivir en las dificultades. Su vida en el club con sus amigos, conservar su vehículo y su puesto, eran las condiciones propicias para facilitar los préstamos y los gastos, superiores a sus ingresos que tenía que hacer.”.

Si se observa la conducta de adelante hacia atrás, desde la perspectiva del juzgador es posible pensar que el acusado se equivocó, pero el momento de ARCE no era de claridad mental, era de ansiedad extrema, de stress agudo y severo, tal y como lo señalaron los médicos, en prueba que fue desestimada. Por lo mismo, presa de la desesperación, con desilusión por las terapias realizadas en Colombia sin resultados, y ante la posibilidad de enviarlo a Israel, un padre de familia no tiene alternativa, no se le puede exigir otra conducta como sí lo hace el Tribunal, desconociendo esas circunstancias, que de haberlas tenido en cuenta, de manera adecuada, habría concluido que ARCE LUNA prefirió su deber de padre, lo cumplió a cabalidad y desarrolló una conducta conforme a la ley, pues actuó en estricto cumplimiento de un deber.

Se condenó al reo porque según el a quo y el ad quem, en Colombia se puede curar al

drogadicto, esto es un juicio hipotético de suposición que desplaza el caudal probatorio existente en el proceso, y por ello, se desconoció que el conflicto de deberes en que estuvo colocado ARCE LUNA, en las condiciones reales que lo afectaban, no tuvo conciencia de antijuridicidad de un peculado, sino conciencia de juridicidad al cumplir con el elemental deber filial.

El proceso de adecuación social implica que el juzgador comprenda la situación del ser humano colocado en las específicas condiciones que han sido demostradas y si ello revela que el sindicado cumplía un deber, sacrificando otro de menor rango, actuó conforme a la ley.

El juzgador de segunda instancia disminuyó el ámbito probatorio y le restó el alcance que la prueba tiene para facilitar una mejor adecuación social de los hechos ante la ley, cuyo aparte dedicado a la antijuridicidad está consagrado como una forma de resolver los conflictos. Ese es el sentido de las causales de antijuridicidad. Si el Tribunal hubiera dado el alcance que la prueba tiene, la sentencia sería distinta.

Si se actuó conforme a la ley, la sentencia debe ser absolutoria, y por ello solicita a la Corte que se case la providencia acusada.

I. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicialmente se refiere al aspecto técnico de la demanda, para hacerle los siguientes reparos que imponen su rechazo:

El memorialista aduce falta de aplicación de las normas relativas a la justificación de la conducta (art. 29 C.P.) y al dolo (art. 36 ibídem) a consecuencia de una errada apreciación probatoria, planteamiento que tiene implícita la inconformidad del recurrente respecto de

la justificación de la conducta, pero a un mismo tiempo, persigue que la absolución se fundamente en la ausencia de dolo, vale decir, que acepta la antijuridicidad del comportamiento (por ello propone la “ausencia de la antijuridicidad”) y simultáneamente la niega (ésta la razón para solicitar la aplicación de una causal de justificación).

Además, afirma que el error provino de una “errada apreciación probatoria” (falso juicio de convicción o falso juicio de identidad?), más al tratar de concretar el cargo, aduce que el Tribunal “desconoce la prueba testimonial aportada”, con lo cual hace explícita la formulación de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, que no se ocupa de desarrollar.

En su afán de lograr la ruptura del fallo, no precisa cuáles son las normas quebrantadas por el Tribunal y habla indiscriminadamente de una errada percepción de la situación de parte del acusado, de una colisión de deberes, y de la prevalencia del derecho del padre a la protección de los bienes jurídicos de su familia, todo ello sobre la base de que no se examinaron las condiciones que harían socialmente adecuada la conducta, sin presentar los argumentos con los que el planteamiento sería de recibo dentro de la ley Colombiana y en qué forma se produjo la violación de la ley sustancial.

Toda la argumentación del censor está dirigida a señalar la forma como el Tribunal debió apreciar la prueba existente de acuerdo a los intereses de la defensa, sin demostrar yerro alguno de apreciación probatoria. Con argumentos humanitarios, el censor pretende conmover los sentimientos de la Corte, sin concretar cargo alguno y sin demostrar de qué manera el Tribunal dejó de apreciar lo dicho por los testigos indicados.

Con estas deficiencias técnicas no puede entrar la Corte a analizar la inconformidad del recurrente.

Casación oficiosa.

Para la Delegada la conducta desplegada por FABIO ARCE LUNA es atípica, y por tanto existe una causal de anulación oficiosa y total de la sentencia de segunda instancia, en razón a que al condenarlo por un comportamiento que no encuadra en ninguno de los tipos penales vigentes se violó el principio de legalidad de los delitos.

Los hechos por los cuales se dictó sentencia fueron adecuados al tipo penal de peculado, para lo cual se tomaron en cuenta diversas normas del estatuto tributario (Decreto 624 de 1989) entre las cuales tuvo particular importancia el artículo 665.

Luego de la pertinente cita del artículo 133 del C.P. y de un concepto emitido por la Dirección General de Impuestos Nacionales, razonó el Tribunal sobre la calidad de agente retenedor del acusado y su conducta, para considerar que tal comportamiento se adecua al tipo penal de peculado por apropiación, apreciaciones que son equivocadas y determinantes de la sentencia condenatoria, con claro desconocimiento del principio de legalidad de los delitos, pues las obligaciones tributarias, en el marco legal vigente, no pueden entenderse como apropiación indebida de fondos del tesoro público. Así lo entendió la Delegada en anterior concepto (Rad. No.10.399, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, enero 29 de 1996), en el que examinó una situación similar, opinión en la que se concluyó que el incumplimiento de la obligación de consignar el dinero recaudado por retención en la fuente, no puede considerarse como apropiación indebida de bienes estatales, pues para ello el régimen tributario establece unos plazos y formas que deben ser observados y cuya infracción acarrea consecuencias punitivas -intereses y sanciones monetarias y administrativas- que no tienen carácter penal.

Más evidente es la violación del principio de legalidad de los delitos al sancionar penalmente a quien no consigne los recaudos provenientes de la retención en la fuente como autor del delito de peculado, si se tiene en cuenta la sentencia de

Constitucionalidad C-285 de 1996, en la cual el Juez de la Carta declaró la inexequibilidad del artículo 665 del Estatuto Tributario -Decreto 624 de 1989-, según las siguientes consideraciones:

“Procede entonces la Corte a decidir, aclarando en primer lugar que el Decreto 2503 de 1986 mediante el cual se derogó el plazo fijado en la ley 38 de 1969 para consignar el valor de las retenciones recaudadas, fue expedido por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 1º del artículo 90 de la ley 75 de 1986, que lo facultaba para ‘Dictar las normas que sean necesarias para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales’ y, que en materia punitiva, sólo se le permitía dictar normas sancionatorias, que en ningún caso podían ser privativas de la libertad.

“El artículo 10 de la Ley 38 de 1969 constaba de los siguientes elementos: el retenedor; conducta: no consignar las sumas retenidas; elemento temporal: en el plazo establecido en el artículo 4 de la misma ley (dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente a aquél en que se haya el correspondiente pago o abono en cuenta); sanción: la misma prevista en la ley penal para los empleados públicos que incurren en apropiación indebida de fondos del tesoro público, esto es pena de, “prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes. Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)”. (art. 133 del Código Penal, modificado por el art. 19 de la Ley ley 90 de 1995).

“El Decreto 2503 de 1987 no suprimió la conducta punible, pero al derogar el artículo 4 de la Ley 38 de 1969, que contenía el plazo dentro del cual debía consignarse lo retenido, eliminó uno de sus elementos fundamentales; sin embargo esta disposición fue sustituida

por el artículo 16 del mismo decreto. En consecuencia, a partir de la vigencia del Decreto 2503 de 1987, el tipo penal previsto en el artículo 10 de la Ley 38 de 1969 conservaba todos sus elementos, pero la determinación del momento en que se configuraba el hecho sancionado con la norma, debía hacerse no por remisión al artículo 4 de la misma ley, por haber sido expresamente derogado, sino al artículo 16 del Decreto en mención, que sustituyó a aquel.

“El legislador extraordinario al expedir el Estatuto Tributario codificó en el artículo 665 el artículo 10 de la ley 38 de 1969, pero no incluyó el elemento temporal de la figura típica, modificando así sustancialmente el contenido de la norma. En consecuencia, excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la Ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, “sin que en ningún caso se altere su contenido”.

“Ahora bien: El artículo 665 acusado no puede ser integrado con el artículo 811 del Estatuto Tributario, que codificó el artículo 16 del Decreto 2503 de 1987, tal como lo sugieren los intervinientes, pues en este caso sería el intérprete quien a su arbitrio, complementaría el tipo penal, añadiéndole un elemento del que carece, con lo cual se violaría el principio de legalidad en materia penal.

“En efecto, el principio en mención exige que el legislador y sólo él (incluido el legislador de excepción en las condiciones previstas en los artículos 113 y 114 de la Constitución y 147 de la ley 137 de 1994) determine la hipótesis de desviación punitiva, con referencias empíricas y fácticas exhaustivas, como garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos, en cuanto existe certeza sobre los presupuestos necesarios para la aplicación de una pena.

“Como tipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario no contiene la referencia temporal necesaria para efectos de determinar cuándo se configura el hecho

típico, resultaría arbitrario y discrecional que el interprete procediera a integrar las normas con otras que regulen aspectos semejantes, en este caso de carácter administrativo, pues la elección de esas disposiciones puede ser diversa y, en consecuencia, no sólo se violarían los principios de separación de poderes y de legalidad, sino el derecho de libertad de los ciudadanos por la imposición de penas privativas de la libertad en eventos determinados ex post facto.

“Tan evidente es la indeterminación del momento en que se realiza la omisión prohibida en tipo penal, que el mismo Estatuto Tributario prevé la posibilidad de pagar las retenciones una vez vencido el plazo señalado para su cancelación, lo que implica la imposición de sanciones pecuniarias a los retenedores, consistentes en el pago de “intereses moratorios, por cada mes o fracción de mes calendario de retardo” (art. 634). En estos términos, el intérprete podrá considerar que mientras la Dirección General de Impuestos Nacionales reciba el pago de las sumas recaudadas no se ha configurado el hecho típico; en tanto que para otro intérprete, el tipo penal se realiza desde el momento mismo del vencimiento del plazo previsto para el pago de las retenciones.

“...Dado que la omisión de consignar las sumas retenidas ha sido considerada por el legislador, desde 1938, como una conducta que amerita una sanción más drástica que las de carácter administrativo, ya que afecta el patrimonio económico de la Nación, bien jurídico de gran relevancia, estima la corte conveniente llamar la atención del legislador para que en caso de encontrarlo necesario, proceda a reemplazar la norma que aquí se retira del ordenamiento jurídico, determinando claramente cada uno de los elementos que configuran el tipo delictivo, pues la ausencia de uno de ellos conduce a la violación de derechos y garantías fundamentales, además de crear inseguridad jurídica”.

Dice el procurador que las sentencias de primera y segunda instancia fundamentaron la tipicidad del comportamiento del ex Notario Segundo de Neiva en esta norma del Estatuto Tributario y adecuaron también la conducta a lo señalado en el artículo 133 del

C.P. De manera que al ser declarado inexecutable el artículo 665 del Estatuto Tributario, queda sin piso dicha adecuación. Al dejarse de considerar como delito la no consignación de las retenciones en la fuente hechas por los agentes retenedores, no existe norma que remita el comportamiento a ser considerado delito sancionado por el C.P.

En todo el proceso se puso de presente y así se encuentra en los documentos aportados al expediente, que el ex Notario informaba a la Administración de Impuestos, mediante declaraciones que presentaba sobre las sumas retenidas en la fuente e indicaba de esta forma la existencia de una obligación de su parte para con la Administración, nunca se negó la existencia de esta deuda ni se realizó maniobra fraudulenta alguna para ocultarla o disminuir su importe, luego no se evidencia en su comportamiento un ánimo de apropiación de estos dineros.

Las normas de la legislación tributaria hablan de obligaciones tributarias; exige declaraciones de las sumas recaudadas; impone la obligación de registrarlas en los libros de contabilidad, para poder realizar un cálculo exacto de los impuestos recaudados; se conceden plazos para el pago de tales obligaciones; se regulan procedimientos para el cobro coactivo y se establece una serie de principios y trámites relacionados con las cuentas que se deben rendir por retención en la fuente.

Se entiende entonces que la retención se constituye en una obligación a cargo de las entidades o particulares retenedores, para cuyo pago se concede un plazo, vencido el cual se cobra un interés moratorio y se imponen sanciones. Los agentes retenedores tienen la obligación de presentar declaración mensual de retenciones en la fuente, lo que en el presente caso se hizo, tal y como lo declaró el sindicato y los documentos aportados por la Administración de impuestos lo indican, el señor ARCE LUNA cumplía con la obligación de declarar mensualmente las sumas retenidas de impuestos.

El Administrador de Impuestos de Neiva, al momento de colocar la denuncia penal, inicia su relato con la indicación de que el FABIO ARCE LUNA celebró un acuerdo de pago con la Administración de Impuestos para cancelar el valor de la retención en la fuente, más los intereses correspondientes a las vigencias de 1988, 1989 y 1990, a través de cuotas semestrales. Dicho acuerdo se celebró por solicitud directa del Notario y se resolvió mediante providencia administrativa. Hace también claridad el denunciante, que el agente retenedor presentó declaraciones Tributarias sin pago, pero posteriormente realizó los pagos respectivos, cumpliendo inclusive con el acuerdo celebrado.

De la Investigación realizada por la Administración de Impuestos se hizo el informe, se liquidó la deuda y se libró el mandamiento de pago respectivo en cumplimiento del trámite administrativo correspondiente. La retención en la fuente recaudada por la Notaría Segunda de Neiva nunca dejó de figurar en las cuentas de la Notaría, pasivo que no se desconoció; por eso no existió apropiación; siempre permaneció contabilizado como una deuda de la Notaría que debería pagarse, con sus intereses y sanciones como efectivamente se hizo; primero por pequeñas consignaciones para abonar a los intereses y luego con el cubrimiento total de la deuda contraída.

La apropiación de la retención en la fuente no puede darse exclusivamente por la no consignación oportuna del dinero correspondiente. Para ello el régimen Tributario establece unos plazos y formas de pago que deben ser observados y cuya infracción acarrea consecuencias punitivas que no tienen carácter penal, mucho menos ahora con la declaratoria de inexecutable de la norma que le daba ese carácter a la conducta.

Dentro de los principios tributarios se afirma que “Para poder exigir un pago al momento de la causación material (percepción del ingreso en la retención en la fuente) o de la causación formal (vencimiento del período fiscal en los impuestos del período), o antes de la causación material y formal (anticipo, autorretención), debe existir una base más

o menos cierta denunciada por el mismo contribuyente y aplicada sobre ella la tarifa. De lo contrario, y esto sucede cuando el sujeto no presenta la declaración, al tener el Estado que suplir dicha base con un acto de fiscalización y practicar un aforo, el crédito no puede exigirse sino a partir de ese acto administrativo con la sanción respectiva” (Ramírez Cardona Alejandro. “Derecho Tributario” Temis 1985).

Cuando se incumple la obligación de consignar el dinero correspondiente a las declaraciones mensuales, surge para la Administración de Impuestos la obligación legal de inspeccionar la situación, en este caso de la Notaría como efectivamente se hizo, establecer la naturaleza y cuantía de la obligación tributaria, y a partir de allí exigir coactivamente el pago del tributo, lo que también se cumplió en virtud de lo cual se realizó el acuerdo de pago de las sumas recaudadas con sus correspondientes intereses, las cuales fueron pagadas en su totalidad a la Administración de impuestos por ARCE LUNA.

En consecuencia, opina la Delegada, que el procesado no realizó acto de apropiación con respecto del dinero recaudado por concepto de retención en la fuente; la existencia de la cuenta por pagar correspondiente así lo evidencia y las sanciones que surgen de la no consignación del dinero respectivo, quedan regladas por la legislación tributaria que tiene previstas tales conductas como irregularidades administrativas que dan origen a un cobro coactivo de lo adeudado.

De la indagatoria del imputado se lee que de acuerdo con la legislación tributaria, conocía perfectamente que la sanción por la no consignación de las sumas de retención era el cobro de unos intereses y que sobre ellos fue consignando pequeñas sumas de dinero para cubrirlos, por lo que no se evidencia en él ánimo de apropiación de ese dinero. Lo que se presentó fue un incumplimiento en el pago de obligación pecuniaria que se tenía para con la Administración de Impuestos.

Por lo anterior, sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia y ordenar la cesación de todo procedimiento por atipicidad de la conducta.

V- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En el único cargo presentado el defensor dice que la sentencia es violatoria de la ley sustancial “al dejar de aplicar las normas atinentes a la exclusión de antijuridicidad (art. 29 del C. P.) y del dolo (art. 36) por ausencia de conciencia de la antijuridicidad, en lo cual se ha incurrido por un defecto de adecuación social de los hechos por errada apreciación probatoria ...”.

Con la simple lectura del reproche se advierte una contradicción insalvable, como quiera que el censor niega la antijuridicidad al estimar aplicable una causal de justificación, y la afirma al proponer la inexistencia del dolo, planteamientos que ha debido hacer en capítulos separados y de manera subsidiaria, ya que se trata de pretensiones excluyentes. Es oportuno anotar que la observación se hace aplicando el esquema del delito acogido por el libelista, sobre el cual no hay duda, pues ubica la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, y cita el concepto que al respecto da el artículo 36 del estatuto penal.

En la teoría finalista la ausencia de dolo genera atipicidad, y la falta de conciencia de la antijuridicidad de la conducta inculpabilidad, de manera que no tiene cabida pensar en la posibilidad de que se estuviera refiriendo a esa orientación. Y de todas maneras, alegar simultáneamente ausencia de dolo y de antijuridicidad es contradictorio.

2. Pasando a otro aspecto de la censura, el impugnante asevera que la violación de la ley sustancial se debe a una “errada apreciación probatoria”, sin embargo en la sustentación no concreta ni demuestra que realmente el sentenciador hubiere incurrido en esa falla, en cambio él sí cae nuevamente en una ostensible contradicción,

pues de una parte dice que no se tuvo en cuenta la prueba testimonial de que el acriminado se colocó al borde de la ruina, y al mismo tiempo acepta la conclusión del juzgador de que cuando se apoderó de los dineros públicos tenía unos altos ingresos y otros bienes de los cuales hubiera podido disponer y evitar violentar el orden jurídico, de ahí que argumenta que si su cliente “se hubiera arruinado antes de cualquier otra conducta, perdía la infraestructura social que le permitía sobrevivir en las dificultades.”

Además, la simple lectura de la sentencia del a quo es suficiente para advertir que no es cierto que los testimonios que menciona el actor no se hubieren apreciado, todo lo contrario, con base en ellos se admite que el acusado tuvo dificultades económicas, pero en ningún momento se justifica que hubiera dispuesto de dineros del Estado, cuando, entre otras razones, está probado que tenía suficientes recursos.

Textualmente dice el fallo:

“Ahora, que debió recurrir a préstamos de entidades bancarias, de sus amigos o de usureros, es un hecho evidente. Pero lo que no es cierto es que los recursos así obtenidos se dedicaran exclusivamente al tratamiento de su hijo. Es solamente el señor HERNANDO FALLA DUQUE el que refiere que en varias ocasiones le prestó dinero al doctor ARCE LUNA “para tratamientos clínicos” por la drogadicción de su hijo y “para negocios de él personales”, a raíz de lo cual le compró el apartamento en Bogotá y para que así también “pudiera tener un dinero adicional para cumplir con varias obligaciones” que le hizo saber.

Y por lo que se entiende de acuerdo a esta versión y a las demás que afirman haberle prestado al doctor ARCE LUNA dineros, sus negocios particulares no eran ajenos a estos compromisos. Y tampoco de los créditos conseguidos a través de hipotecas se deduce que se encaminaron a la finalidad indicada. De ellos se infiere que fueron obtenidos, según las respectivas escrituras, con anterioridad al año de 1988, época para la cual en nada se involucra el estado de necesidad.”

3. Seguramente ante la clara imposibilidad de argumentar seriamente el estado de necesidad como causal de justificación, el cual fue desestimado con argumentos contundentes por los juzgadores de instancia, el censor opta por una alternativa francamente absurda, como es pretender que se acepte que su poderdante obró en cumplimiento de un deber legal, lo cual en una de las formas de entenderlo equivale a decir que es un deber legal apoderarse de dineros del Estado para pagar el tratamiento médico de un hijo enfermo. Olvida que la justificante se presenta cuando el sujeto realiza una conducta jurídicamente obligatoria, y no es obligatorio incurrir en un peculado por noble que sea la finalidad en la cual se va a emplear el producto.

Ahora bien, de otra forma, es un deber de los padres velar por la salud de sus hijos, pero el cumplimiento de dicho deber no conlleva autorización para apoderarse de bienes ajenos, de manera que si el padre incurre en ese comportamiento debe responder penalmente, especialmente si, como en el caso en estudio, cuenta con suficientes recursos propios. En circunstancias muy excepcionales regladas por la ley, la justificante que se podría aducir sería la del estado de necesidad, que como ya se dijo, en este proceso fue correctamente desechada.

4. Finalmente, la aspiración de que se califique como socialmente adecuado que para evitar tener que disponer de recursos propios que le desmejoren su status social, un servidor público puede apropiarse de bienes del Estado para atender el tratamiento de su hijo vicioso, es algo tan insólito y carente de fundamento lógico-jurídico, que no es serio siquiera pensar que haya comunidad en el mundo que lo acepte.

En síntesis, el desarrollo del ataque se limita a una alegación que parte de la invocación de un error que no existe, y que se orienta a unas pretensiones contradictorias

y sin ningún fundamento.

5. PETICION DEL PROCURADOR DELEGADO.

La argumentación del Ministerio Público sobre la atipicidad de la conducta imputada al sentenciado carece por completo de sustento, pues parte de la declaratoria de inexecutable del artículo 665 del Decreto 624 de 1989, la cual no tiene ninguna trascendencia en este caso, en donde lo que se ha definido es la responsabilidad penal de un servidor público que se apoderó de dineros del Estado cuya recaudación se le había confiado por razón de sus funciones.

Al doctor FABIO ARCE LUNA se le llamó a juicio y se le condenó por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Código Penal. La mención que hace el a quo del artículo 665 no es para efectuar la tipificación de su conducta, sino para responder la propuesta de que se aplique el peculado por uso en lugar del de apropiación, de manera que el hecho de que esa disposición haya desaparecido del ordenamiento jurídico en nada afecta la vigencia y aplicación de la norma penal.

El texto del artículo 665 es el siguiente:

“Responsabilidad penal por no consignar las retenciones. Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del tesoro público.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la respectiva Administración o Recaudación la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo. De no hacerlo, las sanciones recaerán sobre el representante legal

de la entidad. En la información debe constar la aceptación del empleado señalado.”

Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente “excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, ‘sin que en ningún caso se altere su contenido’ ”. Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga la ley, se apoderan de los dineros recibidos.

Es preciso admitir que al final de su alegación el Ministerio Público parece que advierte su equivocación, de ahí que opta por separarse de su inicial argumentación para dedicarse a sostener que el acriminado no realizó acto de apropiación respecto del dinero recaudado por concepto de retención en la fuente, que lo que hizo fue simplemente incumplir la obligación de consignar, campo que además de tenerlo vedado porque su condición no es la de recurrente, ni está facultado para formular cargos adicionales a los de la demanda, con las afirmaciones expuestas, ajenas por completo a como se debe atacar el fallo en casación, ninguna ilegalidad demuestra, y lo único que hace es caer en la común falla de anteponer su criterio al del sentenciador, olvidando que el recurso en trámite es el de casación.

Lo probado es que el acusado desempeñaba una función pública que le daba la facultad de recaudar un tributo, del cual se apropió en numerosas oportunidades y en el curso de varios años (1988, 89, 90, 91), sin causa de justificación atendible y en forma deliberada, razones suficientes para considerar, como lo hicieron los falladores de

instancia, que la conducta ejecutada es típica, antijurídica y culpable, por lo tanto la sugerencia del Procurador Delegado debe ser desestimada.

De otra parte, desde el punto de vista formal es oportuno señalar que también es errónea la petición del Delegado, pues carece de sentido que por atipicidad de la conducta se deba anular todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, para luego ordenar la cesación de procedimiento, cuando lo obvio es que en esos casos se casa y se dicta una sentencia de reemplazo absolutoria.

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

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JORGE E. CORDOBA POVEDA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria