

DERECHO DE DEFENSA/ PECULADO POR APROPIACION

4 Si el propósito del demandante era mostrar que la aplicación de la figura de la determinación constituía una falla procedimental atribuible al juzgador de segundo grado, debió apuntar todo su esfuerzo racional a ese objetivo, explicando en qué consistió la irregularidad, la forma como ella conculcó las garantías del procesado y trascendió al contenido de la sentencia atacada.

En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo “administración” describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión de un “acto administrativo” con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona, pues la expresión tiene un amplio sentido gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública.

PROCESO No. 11657

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta No. 116 (Sept.30/97)

Santafé de Bogotá D. C., dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO y MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN, contra la sentencia del 18 de agosto de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la condena impuesta a aquellos procesados por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de esta ciudad, como coautores del delito de Peculado por Apropiación en contra del patrimonio de la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca.

HECHOS

La sentencia impugnada sintetiza lo ocurrido así:

“En noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el abogado MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ presentó ante la Caja de Previsión Social de Cundinamarca (Caprecundi) solicitud de reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación o, en su defecto, pensión de vejez, por haber laborado por más de quince (15) años al servicio del Estado y ser mayor de sesenta (60) años de edad; aportó a ese pedimento algunas certificaciones tendientes a demostrar el tiempo de servicio y, como prueba supletoria, declaraciones extrajuicio para acreditar su vinculación laboral como Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. En diciembre del mismo año la solicitud fue devuelta a la División Jurídica por la Sección de liquidación por cuanto ésta no podía efectuarse con la prueba sumaria llegada hasta tanto no se agotara la demostración del derecho pretendido con medios probatorios principales, como lo prevén normas de orden legal (las leyes 6a de 1945 y 50 de 1986).

“En abril de 1988, NOVOA RODRIGUEZ reiteró el reconocimiento y pago de la prestación atrás aludida y aportó certificaciones expedidas por entes oficiales en las que se daba cuenta de la ausencia de registros que permitieran

establecer que el mencionado pretendiente sí hubiese laborado en esas entidades y por el tiempo por él aludido. La Sección de Auditoría de Caprecundi, en diciembre del citado año, devolvió el expediente a la oficina Jurídica haciendo notar claramente varias inconsistencias y exigió se hiciera claridad sobre el tiempo de servicio para establecer si realmente el petitionerio tenía derecho al reconocimiento y pago de la prestación reclamada. Por último, el solicitante en mención, asistido por la ex empleada asesora o sustanciadora de Caprecundi MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN y quien en ejercicio de su cargo había conocido del expediente en mención, allegó nueva documentación, fotocopia simple de anales de la Asamblea de Cundinamarca y transcripciones de providencias del Honorable Consejo de Estado, la que solicitó se tuviera en cuenta como prueba supletoria e insistió en el reconocimiento de la pensión de jubilación.

“No habiéndose subsanado las irregularidades e inconsistencias que reiteradamente hicieron notar las secciones de Liquidación y Auditoría de Caprecundi, se elaboró por la Asesora ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO, amiga y ex compañera de labores de la abogada PEÑARETE BELTRAN, proyecto de resolución en la que se liquidó y ordenó pagar a favor de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ la suma de \$21.126.188,43, como mesadas atrasadas por el tiempo comprendido desde el momento en que “adquirió el derecho”, el pago mensual de \$460.753,23 desde septiembre a diciembre de 1989 y a partir de enero de 1990 mesadas de \$580.869,30. Dicho reconocimiento y erogación se dispuso, con base en el referido proyecto, en resolución No. 6899 del 27 de diciembre de 1989, acto administrativo que fue visado, entre otros, por la Asesora Jurídica GLORIA AMPARO CUELLAR MORENO y autorizado por el Gerente de la Entidad, (absuelto) WILLIAM PARRA DURAN. Se menoscabó (así) el patrimonio económico de la Caja de Previsión Social del Departamento porque se demostró que NOVOA RODRIGUEZ no tenía derecho a la prestación pensional reclamada, liquidada, reconocida y pagada por no haber laborado en entidades oficiales

durante el tiempo que la ley determina”.

Es de aclarar que para el reconocimiento de la pensión resultó determinante un concepto jurídico rendido por la doctora BOCANEGRA JARAMILLO, admitiendo por válidas pruebas deficientes aportadas por el trabajador.

ANTECEDENTES:

Las diligencias practicadas por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y por el Juzgado 60 de Instrucción Criminal Ambulante sirvieron de base para que en auto del 21 de noviembre de 1990 el Juzgado Ochenta y Siete de Instrucción Criminal abriera el proceso penal, al cual fueron vinculados mediante indagatoria MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, MARTHA PEÑARETE, AMPARO BOCANEGRA, William Parra, Moisés Grimaldi, Luis Eduardo Roza y Gloria Amparo Cuéllar; como personas ausentes Carlos Camacho, Alberto Echeverría, Rómulo Anzola y Pedro León Ahumada.

La situación jurídica de los procesados la contiene el auto fechado el 7 de junio de 1991; en él se dispuso someter a los indagados, a medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción. A los ausentes se les impuso la medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, por el delito de falso testimonio. No obstante, el 23 de agosto siguiente, al decidir la apelación interpuesta contra tal determinación, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá modificó la adecuación típica de las conductas imputadas a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, MARTHA PEÑARETE, ISABEL AMPARO BOCANEGRA, William Parra y Gloria Amparo Cuéllar para señalarlos como copartícipes del delito de Peculado; además, a los dos primeros también les imputó el delito de falso testimonio.

El 29 de noviembre de 1991, el instructor admitió la intervención de la Caja de Previsión de Cundinamarca en condición de parte civil.

Allegada una diversidad de elementos de convicción, con fecha del 15 de enero de 1992, el instructor calificó el sumario profiriendo Resolución Acusatoria contra MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ y MARTHA PEÑARETE como coautores de los delitos de peculado por apropiación y falso testimonio; contra ISABEL AMPARO BOCANEGRA y Gloria Amparo Cuéllar como coautores de Peculado por apropiación; contra Carlos Camacho, Alberto Echavarría y Pedro León Ahumada como autores del delito de falso testimonio; y contra William Parra Durán como autor del delito de Peculado Culposos.

La precedente resolución fue impugnada en forma principal y subsidiaria. La providencia que decidió el recurso de reposición modificó la situación jurídica de MARTA PEÑARETE en el sentido de ordenar la cesación de procedimiento por el delito de falso testimonio y la reapertura de la investigación por el delito de Peculado por Apropiación. También se dispuso la reapertura investigativa en relación con la conducta de ISABEL AMPARO BOCANEGRA y GLORIA CUELLAR. Por último cesó el procedimiento en favor de William Parra Durán y Dilia María González.

El 6 de octubre de 1992, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca decidió la apelación modificando el calificadorio en el sentido de acusar a MARTHA PEÑARETE, ISABEL BOCANEGRA, Gloria Cuéllar, Carlos Gutiérrez, Rafael Bernal y William Parra como coautores del delito de Peculado.

De otra parte, por haber prescrito la acción penal correspondiente al delito de falso testimonio, ordenó precluir la investigación que se adelantaba contra MILCIADES NOVOA, MARTHA PEÑARETE, Carlos Camacho Espinosa, Alberto Echavarría Novoa, Pedro Nelson Ahumada y Rómulo Anzola.

La causa estuvo al conocimiento del Juez Décimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, quien la asumió a comienzos de noviembre de 1992 y la concluyó el 15

de mayo de 1995 al dictar la sentencia que contiene, entre otras, estas determinaciones:

1. Condena a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN E ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO, como coautores del delito de Peculado por Apropiación, imponiéndoles la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de veinte mil pesos (\$20.000); la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de dos años y pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

2. Condena a Gloria Amparo Cuéllar Moreno a la pena principal de seis (6) meses de arresto y multa de mil pesos (\$1.000) y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de seis (6) meses, como responsable del delito de Peculado Culposos.

3. Con el carácter de accesoria, a los condenados NOVOA y PEÑARETE les prohibió el ejercicio de la abogacía por el término de un año; y a las sentenciadas BOCANEGRA Y CUELLAR la pérdida del empleo público u oficial.

4. Concede a Gloria Amparo Cuéllar Moreno la condena de ejecución condicional.

5. Impone a los condenados la obligación de pagar los perjuicios materiales causados por el delito, para lo cual les da el plazo de 12 meses contados desde la ejecutoria del fallo.

6. Absuelve de todos los cargos a William Parra Durán, Carlos Antonio Gutiérrez Morales y Rafael María Bernal López.

7. Revoca la suspensión de la detención preventiva concedida a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, y

8. Deniega el otorgamiento de subrogados penales a MILCIADES NOVOA, MARTHA PEÑARETE y AMPARO BOCANEGRA,

Los defensores de los condenados apelaron la decisión del a quo, motivo por el cual, el 18 de agosto de 1995, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá dictó sentencia de segundo grado revocando la condena impuesta a GLORIA AMPARO CUELLAR MORENO a quien absolvió, pero confirmó las restantes determinaciones. A través de sus apoderados, los tres condenados impugnaron el fallo por la vía extraordinaria.

L A S D E M A N D A S:

I. DEMANDA DE MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ.

El recurrente acusa la sentencia de segundo grado a la luz de las causales tercera y primera de casación, bajo la argumentación que sigue:

1. Causal tercera.

El actor considera que la sentencia de segundo grado proferida en este proceso se encuentra viciada de nulidad, de conformidad con las causales contempladas en los ordinales 2o. y 3o. del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por inobservancia de las disposiciones de los artículos 1. 7, 8 y 18 del mismo estatuto, en desobediencia a la prevalencia que establece el artículo 22.

Tres aspectos conforman la nulidad procesal pregonada:

1.1. MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ es un particular sin vinculación con la dependencia oficial a la cual concurrió en demanda de su pensión de jubilación. Se le

endilga la calidad de coautor, determinador de Peculado por Apropiación, según criterio jurisprudencial en que se basó el ad quem. Criterio al cual se opone otro criterio jurisprudencial, el del fallo del 3 de diciembre de 1991, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, que indica ser la causal tercera la vía correcta para demandar en casación el error en la tipificación de un hecho punible que no es peculado por apropiación sino hurto o abuso de confianza.

En criterio del actor los particulares no pueden ser determinadores de peculado por apropiación, porque el legislador en el artículo 138 del Código Penal señaló expresa y taxativamente quienes son los particulares que pueden incurrir en ese punible, sin que la conducta de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ se adecúe a ninguna de esas situaciones. Luego el juez debió someterse al imperio de la ley, ya que aquel señalamiento no puede ser ampliado o variado por el administrador de justicia, pues interpretarlo jurisprudencialmente es recurrir a la aplicación analógica in malam partem, dándose un quebrantamiento del principio de legalidad del delito y de la pena. Al juzgador no le está permitido agregar situaciones diferentes a las tipificadas en el artículo 138 del C.P. . Por ello propone la nulidad del fallo recurrido.

1.2. Se violó el principio rector de contradicción (art.7), pues la indagación preliminar de este proceso está basada en una investigación administrativa adelantada por la Procuraduría General de la Nación, que se originó en una denuncia anónima, sin participación alguna de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, pues se omitió “darle el traslado o controversia de la prueba trasladada” (Art. 255 C.P.P.). Y la etapa preliminar cursó durante un mes a espaldas del procesado, a pesar de que éste se puso a disposición de las autoridades desde el 28 de septiembre de 1990, lo que configura la violación flagrante del principio de lealtad estipulado en el artículo 18 de la ley procesal penal.

1.3. Se produjo una ostensible violación al derecho de defensa por ausencia de defensa técnica, en la etapa de juzgamiento por cuanto durante las siete sesiones

de la audiencia pública, el procesado no estuvo asistido por sus defensores, principal y suplente, dado que solo concurrieron a las diligencias de indagatoria y ampliación y se presentó un alegato de conclusión, además de que el defensor principal renunció al mandato. Prueba de ello son las actas de dichas sesiones que no registran las firmas de los doctores Cerón Coral ni Perry Sanclemente; por tanto se desobedeció lo dispuesto por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, porque esas sesiones no se podían celebrar sin la presencia de toda la defensa, y el juez no procedió conforme se lo impone el inciso final del artículo 147 del citado estatuto procesal. Violación que se tradujo en falta de contradicción de las pruebas celebradas durante la audiencia pública, en contra del principio rector del artículo 7 ibidem. Esta irregularidad configura la causal 3a. del artículo 304 en concordancia con el 220.3 del Código de Procedimiento Penal.

Estas irregularidades transgreden el mandato del artículo 29 de la Carta por quebrantamiento de las formas propias del juicio y el derecho de defensa, que son situaciones en las que la Corte, aún oficiosamente, debe proceder a revisar el fallo impugnado.

2. Causal Primera.

Al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo, causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el libelista acusa la sentencia de segundo grado por violar indirectamente las normas de derecho sustancial consagradas en los artículos 2, 5, 23, 24 y 133 del Código Penal, por errores de hecho y de derecho consistentes en la tergiversación de las pruebas y por desconocimiento de otras que hubieran podido variar favorablemente la decisión proferida contra el procesado.

Transcribe las normas del Decreto 2700 de 1991 que en su concepto resultaron infringidas: las disposiciones de los artículos 247, 445, 294, 254, 303, 333, y 334.

2.1. Primer cargo.

El recurrente considera que hay una errónea apreciación de la prueba, en los siguientes aspectos:

2.1.1. El fallo expresa que MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ aportó fotocopias informales de las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca, como señalando deficiencia de formalidad, cuando las copias fueron tomadas en una inspección que realizaron los funcionarios de la Procuraduría; por ello se pregunta si era necesario que las fotocopias estuvieran autenticadas. Para el demandante la glosa es contraria a la realidad procesal, porque ella demuestra que MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ sí fue electo diputado a la Asamblea de Cundinamarca y en ejercicio durante los períodos que se registran.

2.1.2. El fallo consigna que en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubaque se encontraron pocos expedientes de los años 1938 a 1940 que muestran a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ como secretario de ese despacho. Entonces se pregunta si por esa circunstancia se puede desmentir la afirmación del sentenciado y si es que se aspiraba a encontrar todos los expedientes de la época, pues, en su opinión, ello es absurdo, como lo es sostener que el implicado le mintió a la Justicia, siendo que los hechos indican que sí está diciendo la verdad.

2.1.3. En sentir del casacionista, cuando se rechazaron las declaraciones extraprocesales de Carlos Eduardo Camacho Espinosa, Alberto Echavarría Novoa, Pedro Nelson Ahumada Moscoso y Rómulo Anzola Linares, con base en conjeturas como que fueron provocadas aprovechando la quema del Palacio de Justicia, se desconoció que cinco años atrás MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ estaba tramitando su pensión de jubilación, cuando la prueba supletoria no tenía cabida en los trámites laborales, pues solo en la ley 50 de 1986, art.7o., se dispuso que a falta de prueba principal se podía acoger la prueba supletoria; luego esa prueba estaba amparada por una presunción de legalidad que no se podía desvirtuar con conjeturas tendenciosas. No

obstante las sentencias de primera y segunda instancia fueron construidas sobre ese falso juicio de valoración de la prueba.

2.2. Segundo cargo.

En esta oportunidad el demandante asegura que los funcionarios judiciales que intervinieron en este caso, incluyendo al sentenciador de segundo grado omitieron valorar la prueba documental que con suficiencia informa sobre las actividades laborales del doctor MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ en el Departamento de Cundinamarca y con el tiempo suficiente para obtener su pensión de jubilación. Así fueron ignoradas las pruebas que obran del folio 284 a 288 del cuaderno #2 de anexos de la investigación preliminar, que son documentos originales expedidos por la Contraloría Departamental de Cundinamarca. En la etapa del juicio también fue ignorada la prueba documental allegada, como la Gaceta de la Asamblea de Cundinamarca; documentos que dan la certeza de que el doctor MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ sí estuvo vinculado laboralmente al Departamento de Cundinamarca; todo lo cual significó un error de hecho en perjuicio de su procurado.

Así mismo el censor pregona la ausencia de estimación de la inspección judicial cumplida en la secretaría del Consejo de Estado, en la que se dejó constancia de que no está registrado el nombre de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ como relacionado laboralmente con esa entidad, pero que los nombres que éste había dado de los Consejeros sí coincidían con los titulares de esos cargos. Por ello, concluye que no se puede sostener que el procesado le estuviera mintiendo a la Justicia y engañado a CAPRECUNDI.

Agrega que un anónimo no es suficiente para desvirtuar documentación que fue recaudada y analizada durante cinco años, máxime cuando la prueba de cargo no da certeza de si el contenido de la denuncia anónima es cierto

o no.

El censor protesta por la que califica de afirmación tendenciosa de que su representado se quiso aprovechar de la quema del Palacio de Justicia, pues a partir de la vigencia de la ley 50 de 1986, la prueba testimonial supletoria podía reemplazar a la principal.

Antes de terminar la demanda, su autor pide a la Corte que se case la sentencia si se dan las exigencias del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a causales no invocadas, o y dicte una de carácter absolutorio. Y si encuentra procedentes los cargos de nulidad que indique hasta qué punto se retrotrae la actuación y remita el expediente al funcionario que corresponda para que rehaga la actuación afectada.

II. DEMANDA DE ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO.

El impugnante anuncia tres cargos contra la sentencia: el primero, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal; el segundo, subsidiario del anterior, también por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal y falta de aplicación del principio rector de la igualdad consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 13 de la Constitución Nacional; y el tercero, igualmente subsidiario, al tenor de la causal tercera de casación (art. 220 C.P.P.), porque la sentencia está afectada de nulidad por violación al debido proceso.

1. Cargo primero: violación directa.

En esta censura el demandante aduce la atipicidad de la conducta y por ello, atendiendo el criterio jurisprudencial de la Corte (Sentencias de octubre 27 de 1987;

noviembre 21 de 1990) invoca la violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal.

Explica que en este caso no existe el elemento normativo referido a la calificación del sujeto activo porque para el momento en que se presentó la defraudación, y desde el 11 de mayo de 1989 ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO había dejado de ser servidora pública y la resolución que sirvió de fundamento al reconocimiento de la pensión fue emitida el 27 de diciembre de 1989.

Luego se refiere al verbo rector “apropiarse”, para explicar que esa acción implica el que la cosa le haya sido entregada o confiada material o jurídicamente al sujeto agente, con ocasión o en razón de sus funciones, siendo estas últimas indelegables, y agrega que la pérdida o extravío impone la existencia de una relación jurídica entre la acción y el sujeto agente, de tal manera que facultado para ello, el funcionario ejerza un acto de disposición.

Contrariando entonces una afirmación del Tribunal, el recurrente cuestiona la disponibilidad material o la jurídica que ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO hubiera podido tener sobre los dineros estatales, aduciendo que según el Código Contencioso Administrativo (arts.50, 83, 84, 85 y 176) los actos administrativos se dividen en de trámite, preparatorios, definitivos y de ejecución; de los cuales solo éstos últimos podrían apuntar a la mencionada relación jurídica. Por lo demás, esos actos administrativos definitivos o de ejecución requieren el previo cumplimiento de exigencias, como la liquidación basada en la documentación allegada y según las normas legales, que eran tareas a cargo de los funcionarios fiscalizadores como los liquidadores y el auditor especial.

Al tenor de ese presupuesto, el recurrente asegura que el acto administrativo que se le imputa a su mandante es de aquellos que la doctrina denomina “de trámite” o

“preparatorio”, que por sí mismo no podría tener eficacia o potencialidad para comprometer los intereses de la entidad. Para él, el proyecto borrador ni siquiera podía tener fuerza vinculante, pues no era viable la interposición de recurso alguno, como lo preceptúa el artículo 49 del Código citado en precedencia; y con fundamento en ese proyecto tampoco habría podido girarse el cheque por medio del cual se defraudó, porque el pagador, el contralor y el auditor no lo habrían autorizado.

Además, la disposición penal impone que el objeto material le haya sido entregado o confiado al funcionario público y que la atribución de disponer de él sea indelegable y radique en cabeza del recaudador, administrador, tesorero, auditor, contralor, visitador o gerente, pero jamás a un abogado sustanciador.

Advierte que en el voluminoso expediente no existe referencia a Ley o reglamento que asigne a los abogados sustanciadores la tenencia, disposición o custodia de los dineros de Caprecundi; por ello la sentencia es recurrente al manifestar que la obligación de la oficina Jurídica era elaborar y revisar los proyectos de resolución y la documentación de soporte presentada con las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales y demás actos administrativos.

El casacionista prosigue su argumentación resaltando que el delito de Peculado se consuma en el momento en que el funcionario ejerce sobre la cosa un acto de disposición, como si fuera dueño de la misma y un proyecto que es un borrador de Resolución, o acto administrativo de trámite o preparatorio, jamás puede servir de base para girar o pagar una suma ínfima o cuantiosa. Ese momento no se le puede atribuir a la doctora ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO porque para entonces se cumplían casi ocho meses de haberse retirado de la Institución. Por tanto, considera que en ausencia de los elementos del tipo no debió atribuirse a la sentenciada la autoría del delito de Peculado por Apropiación, por cuanto ya no era servidora pública, no se le había hecho entrega de la cosa, no podía disponer de ella y tampoco se encontraba

en las oficinas como para obtener fraudulentamente las firmas de los funcionarios, según cree lo afirma el Tribunal.

La conclusión del actor es la manifiesta aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal y por ello solicita a la Corte se case el fallo y dicte el de reemplazo, con absolución de la implicada por atipicidad del delito de Peculado por Apropiación.

2. Cargo segundo.

En la segunda censura el demandante acusa la violación del principio de igualdad (arts. 20 C.P.P. y 13 C.N.), con la correlativa aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal.

Explica el cargo aduciendo que el Tribunal absolvió a la doctora Gloria Amparo Cuéllar Moreno con el argumento de que en el momento en que se dio trámite al proyecto de resolución fue otro el funcionario encargado de darle el impulso procesal imponiéndole el visto bueno para remitirlo a la sección de presupuesto. Y ese mismo postulado debió servir para absolver a ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO por cuanto para esa misma época, ella tampoco estaba presente como que ni siquiera era servidora pública; además porque el jefe de jurídica encargado, doctor Antonio Acosta, quien para la justicia no incurrió en delito o falta alguno, fue quien retomó el trámite del expediente conforme a lo dispuesto por la Ley 50 de 1986, avaló la legalidad del proyecto elaborado tiempo atrás, y le impartió su visto bueno, y disponiendo su envío a la respectiva oficina.

Otro hecho similar que debió tomarse en consideración para absolver a quien representa, es la situación de la doctora Dilia María González Gómez, abogada sustanciadora que se encargó de reproducir el texto del proyecto de resolución, el que, por tanto, debió ajustarse a la ley, porque de lo contrario dicha profesional le hubiera formulado alguna observación.

De otra parte, como los sentenciadores en ningún momento dedujeron que la elaboración del proyecto fuera una conducta prevaricadora, en sentir del recurrente no es de recibo que se afirme que la procesada actuó de mala fe. Por ende, solicita a la Corte se case la sentencia atacada y en su lugar se absuelva a su representada, como se hizo con la superior de ésta en Caprecundi.

3. Causal tercera.

Con el carácter de subsidiario y aduciendo su apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, el actor formula el tercer reproche dentro de la causal tercera de casación (art. 220.3 C.P.P.), en concordancia con el artículo 304.2 del mismo estatuto, por cuanto en el fallo se incurrió en violación al debido proceso por errada adecuación típica.

Luego de reiterar los argumentos expuestos en el cargo primero, el actor sostiene que la conducta de la acusada no concuerda con los elementos del tipo de peculado por apropiación porque no se da el elemento normativo de su cualificación como sujeto activo porque desde mucho antes de que se produjera la apropiación del objeto material, la doctora ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO había perdido la condición de servidora pública; porque a ella no se le hizo entrega de bienes, y porque tampoco existió una relación jurídica entre el hecho y el sujeto agente de tal manera que éste ostentara facultad para ejercer actos dispositivos. Así mismo, repite la clasificación de los actos administrativos para concluir que el ejecutado por su protegida no era definitivo o de ejecución, como que contra él no cabía recurso alguno según lo prevé el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, circunstancias bajo las cuales no debió atribuirse a la sentenciada la autoría del delito de peculado.

Se apoya en las conclusiones de los jueces de primera y segunda instancia en cuanto señalan que otros procesados “determinaron” a ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO a que produjera un acto contrario a la ley, para afirmar que de

esas expresiones se concluye la presencia de un tipo penal distinto al aplicado en el fallo condenatorio, cual es el de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal, pues exige un sujeto activo calificado y para cuando elaboró el borrador de proyecto, ISABEL AMPARO sí desempeñaba un cargo oficial y pudo haber emitido una resolución (acto administrativo) o dictamen manifiestamente contrario a la ley, según lo afirmaron los sentenciadores en las instancias.

En las condiciones expuestas, al censor le parece claro que los falladores incurrieron en errada adecuación típica, vicio que no se puede predicar por la causal primera por cuanto la procesada no ha tenido la oportunidad de ejercer la defensa para demostrar si el borrador de proyecto efectivamente es contrario a la ley o si en su elaboración concurrió dolo. Y advierte que escogió la causal de nulidad porque siendo evidente la aplicación indebida de una disposición y la falta de aplicación de la que correspondería, la Corte no podría entrar a casar la sentencia y proferir la de sustitución creando una incongruencia entre el pliego de cargos y la nueva determinación.

Para terminar, el actor solicita se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, para que su patrocinada sea indagada por la conducta que los falladores le atribuyen y tenga la oportunidad de ejercer plenamente su defensa.

III. DEMANDA DE MARTHA PEÑARETE BELTRAN.

El impugnante ataca la sentencia de segundo grado con tres reproches; uno formulado a la luz de la causal primera de casación, cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal. Subsidiariamente, al tenor del cuerpo segundo de la misma causal acusa una violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación de determinada prueba; y el tercer ataque, planteado también con entidad subsidiario dentro del

marco de la causal tercera, por estimar que la sentencia se halla afectada de nulidad por violación al debido proceso.

1. Primer cargo: violación directa.

Previa descripción de los elementos del tipo de Peculado por apropiación (art. 133 C.P.) el demandante pone en tela de juicio que en este caso concurra el sujeto activo calificado que el requiere, por cuanto la coprocesada, doctora BOCANEGRA JARAMILLO dejó de tener la calidad de servidora pública de Caprecundi desde el 12 de mayo de 1989 y el acto administrativo que originó la defraudación estatal se produjo el 27 de diciembre de 1989.

Para respaldar probatoriamente el primer aserto, cita el decreto de insubsistencia de la doctora BOCANEGRA JARAMILLO y la certificación que expidió Caprecundi el 26 de marzo de 1993, afirmando que la última actuación de la mencionada abogada fue la elaboración de un proyecto que fue totalmente anulado habiendo quedado sin valor jurídico y que un tercer proyecto lo elaboró la doctora Dilia María González Gómez, el cual se convirtió en la Resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989.

De otra parte, el actor explica el alcance de la inflexión verbal “apropiarse” para concluir que el Peculado se agotó el día en que se hizo la respectiva apropiación presupuestal, oportunidad en la cual el Estado perdió la custodia de los dineros que posteriormente le fueron entregados a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, resaltando que la resolución 6899 de 1989 aparece firmada por la abogada sustanciadora Dilia María González Gómez, por la jefe de la División Jurídica, por el jefe de Pensiones, por el Gerente General y su secretario, pero en ninguna parte figura la firma de la doctora ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO.

Censura la ostensible negligencia de la doctora Dilia María González Gómez al haberse limitado a transcribir el proyecto que encontró, como ella misma lo admitió, sin

haberlo revisado a fondo, lo que en su opinión, no puede convertir en dolosa la conducta de la persona que elaboró ese primer proyecto.

En sentir del recurrente, se aleja y se contrapone a la lógica jurídica que se haya identificado el proyecto de resolución elaborado antes del 11 de mayo de 1989 con el propio acto administrativo que se convirtió en la resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989, con el cual se consumó el delito de Peculado.

También hace presente que la doctora BOCANEGRA JARAMILLO elaboró el primero de tres proyectos, el cual fue anulado en su totalidad, a pesar de lo cual a las personas que prepararon los dos subsiguientes se les desvinculó del proceso.

Considera necesario dilucidar qué clase de actividad desplegó la abogada sustanciadora dentro del engranaje interno de Caprecundi, en el ámbito de la disponibilidad material o jurídica de los bienes del Estado. Entonces, el censor clasifica y explica los actos administrativos, según su desarrollo, en actos preparatorios (los de trámite) y actos constitutivos (contienen la declaración de voluntad administrativa). Y según el procedimiento, en actos de trámite o preparatorios y actos definitivos o principales. Por ello incluye el proyecto elaborado por la doctora BOCANEGRA en el ámbito de los actos preparatorios, anteriores al acto administrativo, susceptible de ser corregido, modificado, abandonado o anulado, como en realidad lo fue, diferente del acto constitutivo. Así concluye que por sí sola la doctora BOCANEGRA JARAMILLO no tenía la capacidad de crear un acto administrativo que fuera expresión de la voluntad de la entidad para la cual trabajaba, lo que en términos del artículo 133 del Código Penal implica que no tenía la disponibilidad jurídica ni material de los bienes del Estado, por lo que no se integró el elemento descriptivo de la conducta.

En opinión del actor, lo anterior significa que no se acreditó la conducta típica atribuida a la doctora BOCANEGRA JARAMILLO (art. 133 C.P.) porque no concurren

los elementos normativos como descriptivos.

Agrega que la vinculación de los particulares MARTHA ESPERANZA PEÑARETE y MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ en la comisión de un delito con sujeto activo calificado, se efectuó a través del dispositivo amplificador de la coparticipación, en el entendido de que unieron sus voluntades para obtener, por medios vedados, el reconocimiento de la pensión vitalicia en favor del último de ellos, obteniendo el concurso de la abogada sustanciadora ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO; pero conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la persona que es víctima de órdenes, mandatos, promesas remuneratorias o consejos, debe tener la totalidad de las condiciones que exige el tipo penal del artículo 133 del Código Penal, y en vista de que la abogada sustanciadora no consumó materialmente la conducta típica, lógicamente se deduce que la autoría moral dejó de existir. Por ello no puede endilgarse a la doctora MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN la coautoría del delito de peculado por apropiación.

De tales argumentos, el actor concluye que se aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal y por ello solicita a la Corte que case la sentencia y dada la atipicidad de la conducta, profiera la de reemplazo absolviendo a la doctora PEÑARETE BELTRAN.

2. Segundo cargo: violación indirecta de la ley sustancial.

El censor estima que el Tribunal incurrió en un error de derecho al apreciar la prueba de culpabilidad, porque sin contar con la prueba plena o completa, consideró que MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN cometió el delito de peculado por apropiación, en condición de coautora, determinadora.

Las normas violadas son las disposiciones de los artículos 244, 294 y 300 del Código de Procedimiento Penal, cuyo quebrantamiento produjo la violación indirecta del precepto del artículo “247 del C.P.”, por cuanto le atribuyó a la prueba de culpabilidad “un

alcance diverso al que le asigna la ley”.

Después de transcribir el contenido de los artículos 294, 300, 254 y 247 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente recuerda que su patrocinada MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN fue condenada como determinadora del delito de peculado por apropiación, quien concertó con MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ un contrato de mandato en la modalidad de asesoría; pero aclara que la prueba de la autoría moral o determinación ha sido inferida judicialmente porque no existe otro medio al respecto, pues ella no actuó como apoderada dentro del proceso administrativo de reconocimiento de pensión.

Entonces entra a rebatir las argumentaciones del ad quem, tales como que un abogado experimentado como NOVOA RODRIGUEZ no requería de asesoría profesional. En contraposición expresa que cada quien es libre de contratar la asesoría que en su leal saber y entender requiera, más cuando se trata de asunto propio. La tesis contraria expresada por la justicia, va en contravía de la experiencia diaria.

Refiriéndose al valor de la remuneración profesional pactada en ocho millones de pesos, dice el demandante que en esencia, el contrato de servicios profesionales no es gratuito, y que por otra parte el doctor NOVOA RODRIGUEZ solo pagó tres millones de pesos; el giro del cheque por ocho millones de pesos fue un ardid para asegurarse el consejo de la doctora PEÑARETE BELTRAN y las amistades que hubiere dejado en Caprecundi. De ahí, el demandante concluye que fue NOVOA RODRIGUEZ quien buscó los servicios de la procesada, una vez retirada de la Institución para aprovecharse de su influencia, y por esa razón aceptó pagar unos honorarios relativamente altos, con la intención malévola de no cancelarlos como en verdad ocurrió.

En cuanto a la determinación ejercida por la doctora MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN sobre la abogada asesora ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO,

el recurrente manifiesta que no existen pruebas como para hacer una inferencia judicial. Lo único que consta es la manifestación testimonial de la secretaria Marina Aurora Martínez de Bacca, quien refirió que después de dejar la institución, la doctora PEÑARETE llamó a la doctora BOCANEGRA en una sola oportunidad.

El actor llama la atención sobre la absolución de la doctora Gloria Amparo Cuéllar Moreno, en cuanto el juez de la causa expresa que no existió acuerdo de voluntad ni unidad de propósito entre la conducta de dicha profesional y la de ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO, para preguntar por qué no se aplica el mismo predicado respecto de MARTA PEÑARETE y por qué se hace esa discriminación probatoria, pues a su juicio no hay pruebas de la amistad íntima de las dos abogadas, resultando inexistente el hecho de que MARTHA ESPERANZA le hubiera formulado promesa remuneratoria a ISABEL AMPARO; por ello no encuentra procedente que sin existir un medio de convicción, el ad quem afirme que NOVOA RODRIGUEZ y PEÑARETE BELTRAN determinaron a ISABEL AMPARO a producir el acto contrario a la ley.

Insiste en controvertir la amistad que podía existir entre WILLIAM PARRA DURAN, Gerente de Caprecundi y MARTHA PEÑARETE BELTRAN o entre ésta y GLORIA AMPARO CUELLAR.

En lo referente al conocimiento que MARTHA PEÑARETE podía tener del diligenciamiento administrativo de MILCIADES NOVOA, el impugnante analiza que ella solo intervino como sustanciadora en ese asunto en dos oportunidades; el 7 de enero de 1987 cuando informó a la jefatura Jurídica sobre la petición de NOVOA, pidiendo que expidieran copias auténticas de las certificaciones de varias entidades. Y el 10 de junio de 1987 cuando remite el expediente a la sección de liquidación para que se determine si NOVOA RODRIGUEZ reúne los requisitos para el reconocimiento de la

pensión de jubilación. Luego, en su opinión, la actuación de la abogada fue simplemente mecánica.

Así mismo rebate la inusitada rapidez que se atribuye al trámite administrativo después de que la doctora PEÑARETE BELTRAN asumió la asesoría del caso; para ello parte del 11 de junio de 1988 fecha en que fue declarada insubsistente, y efectúa el recuento de la actuación, que duró aproximadamente 18 meses hasta llegar al proferimiento de la resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989.

El demandante resalta que para la fecha del retiro de la doctora PEÑARETE BELTRAN, el peticionario NOVOA RODRIGUEZ ya había aportado toda la documentación, y en nada intervino ella para la consecución de las declaraciones extrajudicio con las cuales se acreditó el tiempo servido al Consejo de Estado.

Como con base en la afirmación de NOVOA RODRIGUEZ en cuanto la doctora PEÑARETE BELTRAN un día se apareció en la oficina de aquel con el expediente administrativo haciendo alarde de sus influencias y de que estaba ayudando a proyectar la resolución, se afirmó que la abogada había celebrado el contrato de servicios profesionales para hacer uso de sus influencias, y con fines dolosos, el actor asume la crítica del testimonio de dicho procesado.

En segundo lugar aduce la irascibilidad de ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO como obstáculo para permitirle a MARTHA PEÑARETE que se llevara y exhibiera el diligenciamiento administrativo.

Más adelante sintetiza que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá cometió un error de derecho al no aplicar el contenido del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, pues al evaluar el testimonio de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ no tuvo en cuenta los principios de la sana crítica; de lo contrario, habría advertido que sus afirmaciones no contienen hechos verosímiles y son engañosas.

También atribuye al ad quem un error de derecho al darle valor al testimonio de María Aurora Martínez de Bacca, porque no hay una relación de causa a efecto entre la imputación y la culpabilidad deducida.

En igual forma acusa al juez plural de cometer un error de derecho por tener como indicios, razonamientos que no concuerdan con la sana crítica, la experiencia y la hermenéutica judicial.

Así mismo, atribuye al sentenciador de segundo grado otro error de derecho por violar indirectamente la ley sustancial contenida en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, dado que en el proceso no obra prueba que conduzca a la plena certeza del hecho punible y la responsabilidad de la acusada; yerro que incidió sustancialmente en la parte resolutive del fallo impugnado. Por todo ello, pide a la Corte que case la sentencia conforme al cargo formulado y en su lugar profiera absolución en favor de MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN.

3. Tercer cargo: causal tercera.

También con el carácter de subsidiario, el casacionista acusa la sentencia materia de la demanda de estar viciada de nulidad, por haber incurrido en violación al debido proceso, al errar la adecuación típica de la conducta.

El demandante apoya la vía casacional escogida, en el postulado de la sentencia proferida por esta Sala el 3 de diciembre de 1991.

A continuación reitera los argumentos expuestos en el cargo primero, conforme a los cuales en este caso no se reúnen los elementos que estructuran el delito de peculado por apropiación, porque ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO se retiró de Caprecundi el 27 de diciembre de 1989 y por tanto para el 27 de diciembre siguiente no tenía la calidad de sujeto activo cualificado, desapareciendo así la

estructura delictual típica. El proyecto elaborado por la doctora BOCANEGRA es un acto administrativo preparatorio, no definitivo, y no contentivo de una declaración de voluntad de Caprecundi. Tampoco tenía la disponibilidad de los bienes del Estado. De ser contrario a la ley, el proyecto elaborado por dicha abogada representa una conducta atípica frente al delito de Peculado por apropiación.

En las anteriores condiciones, la coautoría atribuida a la doctora MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN por desaparición del nexo causal.

De ser cierta la afirmación del fallo, en el sentido de que bajo promesas remuneratorias los determinadores crearon en la mente de la sustanciadora doctora BOCANEGRA JARAMILLO la elaboración de un proyecto de acto administrativo sin bases probatorias y legales, y por tanto contrario a la ley, se estaría en presencia de un prevaricato por acción o un cohecho (arts. 149 y 142 del C.P.), pues son conductas que exigen un sujeto activo cualificado y el acto preparatorio pudo ser abiertamente contrario a la ley, elaborado bajo promesa remuneratoria, frente a las cuales la procesada no ha ejercido el derecho de defensa.

Como las manifestaciones de los falladores refieren concretamente la comisión de un delito de prevaricato por acción o de cohecho, diferente a aquel por el cual se dictó sentencia condenatoria e incurrió en flagrante violación al debido proceso, el actor pide a la Corte que case la sentencia materia del recurso extraordinario, y en su lugar decrete la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de cierre de la averiguación, para que prosiga por la verdadera conducta y para que los acusados ejerzan su derecho de defensa.

C O N C E P T O D E L P R O C U R A D O R:

Dado que los tres demandantes pretenden quebrantar el fallo aduciendo su nulidad por error en la denominación jurídica del delito, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su concepto analizando este aspecto de la acusación.

En cuanto a la situación de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ y MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN, quienes al momento de producirse la Resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación no tenían la calidad de servidores públicos, el Delegado la analiza relacionándola con la situación de la abogada de la división jurídica de Caprecundi ISABEL AMPARO BOCANEGRA, quien en diferentes oportunidades conceptuó que debían tenerse en cuenta las declaraciones extrajuicio aportadas para demostrar tiempo de servicios prestados a entidades que certificaron que el requiriente no figuraba en sus archivos; circunstancia que condujo al jefe de liquidación y al auditor especial a devolver el expediente por considerar incompletos los requisitos para acceder a la pensión, no obstante lo cual, la abogada sustanciadora y la jefe de la oficina jurídica dieron paso al trámite, produciendo un reconocimiento ilegal.

Partiendo de los anteriores supuestos, el Delegado encuentra como conductas dolosas de NOVOA y de PEÑARETE que hubieran determinado a ISABEL AMPARO BOCANEGRA, ex compañera de labores de la última, para que se abstuviera de dar aplicación a la ley 50 de 1986 según la cual era inadmisibles la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documentos o pruebas preestablecidas legalmente.

Después de citar el contenido de los artículos 7 y 8 de la ley 50 de 1986, el Procurador advierte que las entidades en donde el requiriente aseguró haber prestado servicios certificaron que no aparecía como dependiente, no que la documentación se hubiera extraviado, condición bajo la cual hubiera sido aceptable la prueba supletoria.

No obstante ISABEL AMPARO BOCANEGRA, aconsejada por NOVOA y PEÑARETE, pasando por alto las advertencias del jefe de liquidación y del auditor, optó por aceptar de la prueba supletoria.

En sentir del conceptuante, esa conducta de ISABEL AMPARO BOCANEGRA resultó lesiva de las funciones a su cargo, originó la defraudación al Estado conforme a la cual se reconoció y pagó una pensión sin que se hubieran llenado los requisitos preestablecidos para el efecto, como la prestación de servicios a entidades estatales por quince años, y estructuró el delito contemplado en el artículo 133 del Código Penal, porque cuando la procesada realizó el estudio del expediente y tuvo a su cargo la elaboración del proyecto de reconocimiento de la pensión de jubilación, se desempeñaba como abogada asesora de la división jurídica de Caprecundi. Ese proyecto fue el que con algunas modificaciones se adoptó como Resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989 (resultado que la abogada asesora conocía dada su experiencia en los trámites surtidos en la entidad para la que trabajaba) porque la Jefe de jurídica le había encomendó la misión de estudiar el asunto, y dada la confianza que le merecían los conceptos de dicha profesional, dio el visto bueno, luego de lo cual el Gerente de Caprecundi suscribió el acto administrativo. Por ello no encuentra razón para no atribuirle a ISABEL AMPARO BOCANEGRA el delito de peculado por apropiación.

El representante de la sociedad encuentra que el demandante habla de un “proyecto de resolución” que no conlleva disponibilidad material o jurídica y que por ello solo tiene la calidad de acto de trámite, pero advierte que se pasa por alto que la sentencia se refiere a la resolución como acto administrativo final originado completamente en la actividad asesora.

Agrega que la disponibilidad jurídica por la administración de bienes del Estado es una actividad que el gerente de la entidad despliega como ordenador del gasto y que comparte con los empleados, como en el caso de la procesada, cuya

labor implicaba la producción de resultados jurídicos que muestran la disposición de bienes del Estado. Por ello, no encuentra razón para desvincular a la doctora BOCANEGRA, con el pretexto de ser una funcionaria sin orden de ejecución, siendo que fue el pilar del irregular reconocimiento de una pensión de jubilación.

Observa que el demandante tácitamente acepta la calidad de empleado oficial de ISABEL AMPARO BOCANEGRA que inicialmente había puesto en discusión, al expresar que la conducta por ella asumida sería la de prevaricato, y en consecuencia, no le encuentra razón al yerro aducido.

Prosigue manifestando que falta claridad y precisión en la proposición de quebranto basada en el error en la denominación jurídica de la conducta, que considera ajustada a los delitos de abuso de confianza o hurto, pues no indicó el por qué de esa hipótesis y no la atribuida a la procesada AMPARO BOCANEGRA. Entonces, para la Delegada no hay obstáculo que impida imputar a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ y a MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN la calidad de determinadores del delito de Peculado por apropiación cometido por AMPARO BOCANEGRA, en vista de que por el dispositivo amplificador del tipo, en ellos no se exige la calidad de empleado oficial.

Por lo demás, resalta el interés de MILCIADES NOVOA en que Caprecundi emitiera la resolución de reconocimiento de su pensión de jubilación, en cuyo propósito fue secundado por la ex funcionaria MARTHA PEÑARETE, quienes convencieron a la doctora BOCANEGRA para producir conceptos aceptando que las declaraciones extrajuicio reemplazaran las certificaciones expedidas por las respectivas entidades públicas, con lo cual no encuentra duda sobre la determinación ejercida por ellos. Por el contrario, ve un acuerdo de voluntades funcionando hacia la apropiación ilegal de los Bienes del Estado.

Crítica al censor por falta de claridad y precisión en otras irregularidades que plantea como originadoras de nulidad, pues no desarrolla su contenido fáctico y jurídico. Así mismo le critica que omita exponer los argumentos para atacar los asertos del fallador y que no indique por qué el determinador particular no es sujeto activo del hecho punible que requiere cualificación en ese elemento del tipo.

Por otra parte, el Ministerio Público rebate la supuesta vulneración del principio de contradicción durante la etapa básica de la investigación, con una denuncia anónima, advirtiendo que antes de ordenarse la apertura de la investigación, MILCIADES NOVOA anexó suficientes pruebas en cinco cuadernos, como muestra de que en lo posible se garantizó la actividad probatoria. Pero además opina que la actuación preliminar no supone mayor controversia, como sí ocurre con la investigación en donde se ejerce la actividad defensiva. Agrega que las preliminares se adelantaron durante la vigencia del decreto 050 de 1987 donde se consagraba el principio de contradicción dentro del proceso, pues solo la legislación actual extendió esa garantía a las diligencias previas.

Reprocha al libelista el desconocimiento del expediente cuando alega la violación al derecho de defensa durante las siete sesiones de la audiencia pública, por cuanto advierte que esta se suspendió en numerosas oportunidades por la ausencia de alguno de los defensores y que si bien el apoderado de NOVOA RODRIGUEZ renunció al mandato, este procesado fue asistido por un defensor de oficio en una sola sesión en la cual no se practicaron las pruebas a que se refiere el censor, sino que se presentaron argumentos en favor de un procesado distinto a NOVOA y que más adelante la audiencia volvió a suspenderse para permitirle a un nuevo apoderado el estudio del expediente antes de su intervención. De ahí concluye la falta de razón de la censura.

En síntesis el Procurador expresa que las tesis de los libelistas carecen

de fundamento y no comprometen el trámite; por ello considera que ninguna de las propuestas de nulidad tiene vocación de prosperidad.

1.1. Al ocuparse de los otros aspectos contenidos en la demanda de MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, el Delegado encuentra que el primer cargo por violación indirecta de la ley sustancial se formula antitécnicamente, porque el casacionista no demuestra la tergiversación del hecho revelado por la prueba; no es claro en determinar si todas las pruebas fueron estimadas o no; el enunciado no corresponde a las explicaciones, y olvida la causal expuesta para dedicarse a la crítica de la valoración probatoria, cual alegato de instancia, desbordando su argumentación hacia un error de derecho por falso juicio de convicción.

1.2. También en el segundo cargo por violación directa postulado en esta demanda, el conceptuante encuentra inconsistencias de orden técnico, en cuanto que al predicar la omisión de pruebas, el actor hace comentarios escuetos y genéricos como que se ignoraron las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca. Y de las alusiones a la inspección judicial practicada en el Consejo de Estado extracta la inconformidad del demandante con las conclusiones judiciales, sin que en ningún caso haya demostrado el quebranto legal, y ni su incidencia en la sentencia.

2.1. Replicando a la demanda de ISABEL AMPARO BOCANEGRA y en concreto al cargo por violación directa de la ley respecto a la indebida aplicación del artículo 133 del Código Penal, reitera la opinión que expresó al hablar de la cualificación del sujeto activo del delito de peculado por apropiación, apoyándose en el criterio contenido en la sentencia de primera instancia. Por lo demás, reprocha que el censor incluya notas marginales e impertinentes al cargo formulado.

2.2. El Delegado expresa, además, que el cargo por falta de aplicación del

principio de igualdad no tiene cabida, pues la absolución de la doctora Gloria Cuéllar no es un parámetro de ese principio; la igualdad comporta una garantía con respecto a las oportunidades legales y procesales para las partes, independientemente de situaciones particulares. En esos términos encuentra incomprensible la acepción del censor quien no destacó el paralelismo de la situación de su prohijada con el de la procesada absuelta.

3.1. Por último y en respuesta a la demanda de MARTHA ESPERANZA PEÑARETE, para analizar el primer cargo se remite al análisis ya efectuado sobre el tema de la tipicidad de la conducta de los implicados, la cual encaja en los presupuestos del artículo 133 del Código Penal y en especial en lo atinente a la cualificación del sujeto activo de la conducta punible. En consecuencia concluye que el cargo no prospera.

3.2. El Delegado también descarta la posibilidad de éxito de esta acusación, dada la improcedencia del error de derecho por falso juicio de convicción que el recurrente pregona respecto de la prueba de culpabilidad deducida contra la doctora PEÑARETE, como determinadora del delito de Peculado por apropiación. Observa que el impugnante desvía la valoración del fallador hacia su concepto personal, y después de aprobar las deducciones judiciales, concluye que la censura no tiene vocación de éxito.

Así las cosas, en criterio del representante del Ministerio Público, no se debe casar la sentencia impugnada.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A S A L A:

Como en las tres demandas dirigidas contra la sentencia de segundo grado se plantea de consuno la causal tercera de casación, y de conformidad con la lógica y la

tradición jurisprudencial, la eventual procedencia de cualquier otra causal de casación supone el reconocimiento de la legalidad del proceso, inicialmente se asumirá el estudio de este tema, no obstante que el primer demandante lo expone con carácter principal, y los restantes como subsidiario.

I. LA NULIDAD DEL PROCESO.

I.1.1. En la demanda de MILCIADES NOVOA el actor estima que la sentencia atacada se encuentra viciada de nulidad, conforme a las causales establecidas en el artículo 304, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, porque al acusado se le condenó como determinador de un delito de peculado por apropiación, pero por tratarse de un particular no podía incurrir sino en la conducta prevista en el artículo 138 del Código Penal, que contiene descripciones típicas no concordantes con la conducta de este implicado. En su opinión la condena se basa en un criterio jurisprudencial ya controvertido en la sentencia del 3 de diciembre de 1991, y a ello agrega que la interpretación jurisprudencial in malam partem quebranta el principio de legalidad y de la pena.

Técnicamente, tal propuesta de nulidad es desacertada por cuanto el actor no desarrolla una argumentación demostrativa del error in procedendo cometido en la sentencia impugnada. Apenas se conforma con exponer un criterio personal respecto a las modalidades que ofrece la legislación penal sobre la figura del peculado, pero deja de lado su marco conceptual jurídico, de acuerdo con el cual la autoría intelectual o determinación de NOVOA RODRIGUEZ en la comisión del hecho es deducida de la aplicación del instituto amplificador del tipo consagrado en el artículo 23 del estatuto penal.

Por otra parte, con el argumento de que la condena de NOVOA

en condición de determinador del delito de peculado por apropiación está basada en un criterio jurisprudencial al cual se opone el citado por él, el casacionista esboza un argumento que rompe toda logicidad, en cuanto lleva implícita la afirmación de que la llamada instigación es creación jurisprudencial, desconociendo su origen legal. Por lo demás, la sentencia que invoca explica el por qué la demanda de un error en la adecuación típica de la conducta procede por la causal tercera de casación, y si bien califica el hecho allí juzgado como hurto, ello responde a un marco fáctico diferente al que es objeto de análisis en este proceso.

Por tanto, si el propósito del demandante era mostrar que la aplicación de la figura de la determinación constituía una falla procedimental atribuible al juzgador de segundo grado, debió apuntar todo su esfuerzo racional a ese objetivo, explicando en qué consistió la irregularidad, la forma como ella conculcó las garantías del procesado y trascendió al contenido de la sentencia atacada. Sin embargo, el libelo no abarca esos matices, cuya presencia es indiscutible cuando se aspira a derrumbar la presunción de acierto y legalidad que protege la estabilidad jurídica del pronunciamiento del ad quem.

En esas condiciones, el reproche se concreta en enunciar como vicio procesal una institución que la propia normatividad sustantiva, en su artículo 23, consagra y ordena aplicar, y que permite deducir responsabilidad penal al particular que determina a un sujeto activo calificado a la comisión de delitos de responsabilidad, como ocurre con el peculado. Por tanto, la censura aparece impróspera.

I.1.2. El mismo impugnante manifiesta que el principio de contradicción (art. 7 C.P.P.) resultó conculcado por cuanto a MILCIADES NOVOA no se

le dio participación alguna en la investigación administrativa que la Procuraduría General de la Nación adelantó con base en una denuncia anónima, la que fue el cimiento de la investigación preliminar, no obstante que se puso a disposición de las autoridades desde el 28 de septiembre de 1990. Así mismo advierte que se omitió dar traslado de la prueba remitida como lo dispone el artículo 255 ibidem, lo que en su opinión transgrede el principio de lealtad a que se refiere la disposición número 18 de la codificación en comento.

La crítica anterior no pasa de ser un simple enunciado sin desarrollo o explicación que lleve a la comprobación de la ocurrencia de un vicio procesal que se ajuste a las causales legales de nulidad, y en donde tampoco se encuentran tesis que conduzcan a demostrar la forma y alcance del deterioro sufrido por el sentenciado en lo que respecta a las garantías procesales y su trascendencia en la providencia objeto de este recurso.

La deficiencia de la censura se extiende como lo indica el Ministerio Público, a la invocación de disposiciones que solo cobraron vigencia con posterioridad al trámite que se critica (Decreto 2700 de 1991), desconociendo que la primera averiguación corrió por cuenta de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría a título de Cuerpo Técnico de Policía Judicial, ante la cual, recuerda también el Delegado, pudo el imputado aportar sus pruebas de descargo.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta que el verdadero debate probatorio se iniciaba con el sumario en base a las piezas inicialmente recaudadas, siendo a partir de allí donde resultaba forzosa la vinculación del sindicado como en efecto ocurrió, generando un amplio debate probatorio que efectivizó a suficiencia el alegado principio de contradicción.

I.1.3. El mismo demandante denuncia la violación al derecho de defensa

técnica del doctor MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ en la etapa del juzgamiento, por cuanto, supuestamente, no estuvo asistido por sus defensores principal y suplente durante las siete sesiones de la audiencia pública, pues aquellos solo asistieron a la ampliación de la indagatoria, y presentaron un alegato de conclusión, además de que el defensor principal renunció al encargo; con ello, fueron desobedecidos los contenidos normativos de los artículos 452 y 147 del Código de Procedimiento Penal, y además vulnerado el artículo 7o. por falta de contradicción de las pruebas celebradas durante la audiencia.

Son múltiples las fallas de orden técnico que exhibe la formulación de esta acusación y que bien podrían ser enumeradas; sin embargo, ante la falta de veracidad de las circunstancias sobre las cuales se construye el cargo, la Sala se ve relevada de hacerlo, pues ello resultaría totalmente inocuo. Es así como al revisar el expediente se observa que en las diferentes sesiones de la audiencia pública, el implicado MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ siempre contó con la asistencia de un profesional del derecho, ya fuese el principal, ora el suplente, y aún uno de oficio. En las sesiones del 21 de julio de 1993, del 24 de febrero, del 19 de mayo y del 1o. de junio de 1994 intervino el defensor suplente designado según memorial presentado al Juzgado de conocimiento por el defensor principal el 22 de junio de 1993. A la sesión del 2 de agosto de 1994 asistió el defensor principal, quien renunció al mandato en escrito presentado el 4 de agosto de 1994. Ante esta circunstancia, en la sesión del 18 de agosto de ese año, el doctor NOVOA RODRIGUEZ fue asistido por un defensor de oficio, y en esa última fecha el procesado le otorgó poder a otro abogado de confianza quien lo asistió en las sesiones realizadas los días 15 de septiembre y 24 de octubre de 1994.

Conocidas estas incidencias, queda en claro que si las firmas de un mismo defensor no aparecen en todas las actas de las sesiones de la audiencia pública, no es porque el doctor NOVOA RODRIGUEZ haya estado desprovisto de defensa técnica como lo asegura el actor, sino porque fueron profesionales distintos a los citados por él

quienes le prestaron ese servicio. Bajo tales supuestos, queda descartada la nulidad por falta de defensa, apenas superficialmente enunciada.

I.2. En las demandas presentadas a nombre de ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO y MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN se alega la concurrencia de la causal tercera de casación, por violación al debido proceso, derivada de un error en la adecuación típica de la conducta. En vista de que uno y otro libelo utilizan argumentos similares para fundamentar la misma acusación, la Sala emitirá una respuesta unificada.

Tal como se expuso en el acápite de las demandas, recuérdese que los dos casacionistas explican los motivos por los cuales en el caso de error en la adecuación típica de la conducta, es procedente acudir a la causal tercera de casación y no a la primera. Y predicen el error de los jueces sobre la base de que los elementos del delito de peculado por apropiación no concurrieron en la conducta de ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO por varias razones; tales como que para el momento en que se profirió la Resolución que reconoció la pensión de jubilación a NOVOA RODRIGUEZ, ella había perdido la condición de servidora pública; que tampoco se le hizo entrega de bienes; que no existió una relación jurídica que le permitiera ejercer actos dispositivos y por tanto carecía de disponibilidad material o jurídica de los bienes del Estado, pues de conformidad con la clasificación de actos administrativos contenida en el Código Contencioso Administrativo, el realizado por la abogada en referencia solo podría tener el carácter de trámite o preparatorio, carente de potencialidad para comprometer los intereses de la entidad. Agrega que si eventualmente ISABEL AMPARO fue determinada a cometer un acto contrario a la ley, esto constituye un prevaricato.

Con esos mismos argumentos, el demandante que actúa representando a MARTHA ESPERANZA PEÑARETE BELTRAN asegura que el nexo causal de la coautoría

atribuida a su representada desaparece. Y agrega que, conforme a las afirmaciones de los sentenciadores, la conducta realizada por ISABEL AMPARO BOCANEGRA pudo ser la de prevaricato por acción, si es que el proyecto de resolución o acto preparatorio contraría abiertamente a ley, o un delito de cohecho.

En uno y otro caso, los demandantes impetran la nulidad de la actuación desde el cierre de la investigación para que al restaurar el proceso, los implicados puedan ejercer el derecho a la defensa.

Efectivamente, como aparece en los libelos, la vía para atacar la errada adecuación típica de la conducta sería la de la causal tercera de casación, si demostrada la prosperidad de ese error, el proceso se trastorna al punto de resultar imposible subsanarlo con la simple sustitución de la sentencia, dado que la acusación resultaría incongruente con el fallo.

En lo que respecta con la cualificación del sujeto activo del delito de Peculado objeto de juzgamiento en este proceso, es de admitir que para el mes de diciembre de 1989, cuando se profirió la Resolución definitiva que reconoció a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ la pensión de jubilación sin tener derecho a ello, ya ISABEL AMPARO BOCANEGRA y desde hacía tiempo había sido desvinculada de CAPRECUNDI; pero ello no altera su responsabilidad penal, por cuanto ésta se le dedujo en relación con la emisión de un concepto previo que habilitó el reconocimiento pensional, mas no porque hubiese proferido la Resolución; y como para el momento en que realizó aquella conducta, sí se desempeñaba como abogada sustanciadora de la División Jurídica de la referida institución, ello coloca en evidencia su relación comportamental con el ejercicio efectivo y coetáneo de funciones oficiales.

Ahora bien, se niega el poder dispositivo que la abogada asesora tenía sobre los bienes del Estado no solo porque no le fueron entregados sino porque el acto

cumplido por ella apenas ostenta la calidad de una actuación de trámite o preparatorio de un acto administrativo, pero a ese respecto se incurre en una impropia confusión del concepto especializado de acto administrativo, con la actividad compleja de administrar que le interesa al derecho penal.

En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo “administración” describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión de un “acto administrativo” con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona, pues la expresión tiene un amplio sentido gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública.

Bajo una óptica general, la ejecución dentro de la organización estatal se cumple por todos los servidores públicos, así le corresponda a cada uno un grado de participación diverso, relacionado con su función específica asignada, pues lo que cabe reconocer es la imposibilidad de que un solo funcionario pueda realizar íntegramente una gestión determinada. Por lo tanto, como esa administración se debe cumplir en los términos y condiciones impuestas para ejercer las obligaciones propias del respectivo cargo, su desvío en materia de patrimonio estatal, bien puede conducir a la comisión por una pluralidad de personas, de un delito de peculado. Entonces, no se trata de un delito de exclusiva comisión de aquellos funcionarios a quienes la ley en sus diferentes manifestaciones ha asignado la específica función de suscribir los “actos administrativos”, sino que en él pueden incurrir otros servidores públicos que intervienen en la compleja y amplia actividad de la administración pública (preparando, revisando, conceptuando, liquidando, ordenando, ejecutando, etc), siempre que actúe por razón de sus funciones, y ellas guarden una relación determinante sobre el resultado relevante.

Para el caso de ISABEL AMPARO BOCANEGRA se afirma que no le fueron entregados bienes del Estado para administrar, y que por ello carecía de disponibilidad sobre ellos. Pero con tal aserto se pretende ignorar que la disponibilidad jurídica no exige un contacto material o directo con los bienes objeto de la distracción. De no ser así, los únicos servidores públicos que podrían cometer un delito de peculado por apropiación sobre dineros del erario, serían los ordenadores del gasto, o los pagadores o tesoreros encargados de emitir títulos valores, lo que ignora que a la efectividad de la gestión pública concurre toda una gama de empleados, sin cuya participación resultaría imposible la distracción punible.

En tal sentido y de tiempo atrás esta Sala de la Corte ha sostenido y reiterado luego que

“... la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona, pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por ese motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto, por cuanto éste tiene respecto de aquellos la disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar.

En estos casos la vinculación previa del individuo a la administración pública, asume una señalada importancia en cuanto si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos y si se los apropia, los usa indebidamente, o les da aplicación oficial diferente de la que les corresponde, incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo y lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte.”(sent. 6-12-82. Magistrado Ponente Dr. Luis E. Aldana Rozo).

Tal fue, precisamente, y no otra, la situación que vió, analizó y calificó la Fiscalía de segunda instancia frente a las pruebas recaudadas, cuando acusó a la doctora BOCANEGRA JARAMILLO como coautora del delito de peculado, tras acreditar el desempeño del cargo de Abogada Sustanciadora de la Oficina Jurídica de Caprecundi encargada de revisar y emitir concepto sobre la solicitud de pensión que ya en ocasión anterior le había sido negado al doctor NOVOA RODRIGUEZ, pero sobre el cual éste insistió, luego de que junto con la co-procesada doctora MARTHA ESPERANZA PEÑARETE, determinaran a la funcionaria a emitir criterio oficial contrario a la ley.

De ahí que en el pliego acusatorio se insista en que dentro de las funciones de los abogados de la División Jurídica estaba la de revisar documentación y emitir en los casos necesarios los conceptos que se les solicitaren, lo que vino a ocurrir con fundamento en la nueva solicitud del doctor NOVOA del 14 de diciembre de 1988, la que emitió la acusada afirmando que “se ha agotado la prueba principal según lo preceptuado en la Ley 59 de 1886 por lo cual se procede a tener en cuenta las declaraciones extrajuicio....”

Como la liquidación realizada con base en ese concepto resultara una vez más objetada, al regresar en enero 17 de 1989 las diligencias a manos de la doctora

BOCANEGRA, ésta volvió a concluir en que debía reconocerse el tiempo servido y demostrado con las declaraciones extrajuicio, y ello condujo a la culminación del trámite y la expedición de la Resolución de reconocimiento, lo que llevó a concluir a la Fiscalía, refiriéndose a esta intervención de la procesada, que

“...sus actuaciones eran tan necesarias e indispensables que sin ellas el gerente a la postre no hubiese firmado la resolución que reconocía ilegalmente la pensión a MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ.”, pues

“Dentro de ese engranaje administrativo, no se trata de cualquier función las que desempeñan los funcionarios de la Oficina Jurídica, respecto a la tramitación de las solicitudes de Pensión de Jubilación; era fundamental, necesaria, al punto que sin ella no se hubiese podido llevar a cabo ésta defraudación...” (cfr. hojas 7 a 14 de la Resolución de segunda instancia).

Lo que reitera el Juzgado en su sentencia, cuando resalta que la conducta reprochable de la acusada se dió esencialmente cuando

“apartándose de sus verdaderas funciones le dió pleno reconocimiento de prueba principal a los documentos que por su misma naturaleza no eran admisibles...”

lo que ubica inequívocamente el juzgador, no en el proyecto de resolución sino al

“...dictar auto de trámite informando a la Jefe de la Oficina Jurídica (GLORIA AMPARO CUELLAR)(Ver cuaderno No.1 Anexos.Folio 200)en la que consideraba suficiente las Gacetas de Cundinamarca que había allegado NOVOA RODRIGUEZ y disponía enviar a la Oficina de Liquidación para que se computara el tiempo de servicio...”

Lo indicado disipa la alegada posibilidad de que el cargo se centre en la sola preparación de un proyecto de Resolución que luego serviría de base para

formalizar el reconocimiento, o que el hecho se de por realizado solamente con la expedición de ese acto administrativo en una fecha para la cual ya se había retirado la acusada de Caprecundi, pues que ninguna duda cabe en cuanto es a su intervención funcional rindiendo el concepto definitorio para el reconocimiento ilegal de la pensión (folios 111 o 112 del cuaderno de anexos de reconocimiento de pensión), a la que se otorga trascendencia dentro de un trámite que poco y nada importaba que viniera a culminar tiempo después, como tampoco interesa que el resultado final se haya alcanzado por la contribución de otros funcionarios que con su negligencia o descuido terminaron por facilitarlo, pues la doctora BOCANEGRA había ya cumplido la parte más trascendental dentro de la estructura de la defraudación patrimonial del ente afectado.

Que la conducta de ISABEL AMPARO BOCANEGRA JARAMILLO estructurara un prevaricato por acción, es una afirmación bastante atendible, si se tiene en cuenta que dicha funcionaria emitió un concepto manifiestamente contrario a la ley, en este caso a los artículos 7,8 y 9 de la Ley 50 de 1886 (no 1986 como lo pregonan varios funcionarios) para la admisión de la prueba testimonial con el carácter de supletoria y los de la ley 6a. de 1945 sobre los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Pero aún siendo ello así, ese hecho para nada afecta el cargo de peculado por el cual se profiere la condena, pues a lo sumo conduciría a compulsar las copias que permitieran la investigación aparte del prevaricato, conducta que apenas le sirvió de medio a la comisión del fraude al erario, de no ser porque la Fiscalía consideró que quedaba subsumida e integrada al peculado, haciendo improcedente la represión del concurso ideal de estas dos infracciones, o su investigación por separado, porque tratándose de un hecho valorado y definido, la doble investigación conllevaría a violentar el principio del non bis in idem.

Implica lo anterior, que ningún fundamento tiene el reproche de la errónea calificación de la conducta, y por lo mismo tendrá que desestimarse la nulidad propuesta.

II. DEMANDA A NOMBRE DE MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ

Los dos cargos restantes contenidos en esta demanda merecen la réplica que sigue:

II.1.- Para el actor se dio una violación indirecta de la ley mediante la comisión de errores de hecho y de derecho por tergiversación de unas pruebas y desconocimiento de otras.

En concreto el libelista censura al Tribunal por calificar de informales las fotocopias de las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca, considerándolas como prueba deficiente, siendo que fueron tomadas en una inspección de la Procuraduría, documentos que ubican a MILCIADES NOVOA como diputado electo y quien ejerció durante los períodos que allí se registran. Igualmente critica que el sentenciador refiera los pocos expedientes que se encontraron en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubaque tramitados de 1938 a 1940 en los cuales participó NOVOA RODRIGUEZ, pues por esa razón no se puede desmentir la versión del sentenciado. Y aún acusa a los juzgadores de primera y de segunda instancia por incurrir en un falso juicio de valoración de la prueba al hacer uso de conjeturas, como que se aprovechó la quema del Palacio de Justicia para rechazar las declaraciones extraprocesales de Carlos Camacho, Alberto Echavarría, Pedro Ahumada y Rómulo Anzola.

Este enunciado es una mezcla de modalidades de error que el libelista no consigue dilucidar más adelante. Por el contrario, cuando trata de darles fundamento, parece desarrollar algún error de hecho, sin individualizarlo, y en definitiva termina por criticar las conclusiones de los jueces respecto de la valoración de algunos elementos de prueba como las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca, la inspección judicial cumplida en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubaque y la credibilidad negada a los testigos extraproceso que utilizó NOVOA RODRIGUEZ para acreditar

tiempo de servicio ante CAPRECUNDI. Pero en ningún caso el actor demuestra como le corresponde, en qué consiste el error del fallador, en dónde y bajo qué circunstancias se tergiversa la prueba, ni cuál su incidencia en la decisión de condena, reduciendo el esfuerzo a un esbozo de opiniones personales que solo muestran su inconformidad con la deducción de responsabilidad, método impropio por deficiente y ajeno a las taxativas causales de casación que tolera el debate en esta sede.

II.2. En la segunda crítica, el casacionista acusa una omisión de prueba respecto a los documentos que acreditan que el doctor NOVOA RODRIGUEZ sí desempeñó las actividades laborales que le permitían obtener la pensión de jubilación, como unas certificaciones expedidas por la Contraloría Departamental, las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca allegadas en la etapa del juicio y la inspección judicial realizada en las dependencias del Consejo de Estado.

En este reproche el demandante focaliza su acusación en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión; pero igual aquí tampoco traspasa el enunciado del cargo que quiere formular, pues aparte de expresar la inconformidad, no hace manifiesto el yerro ni su trascendencia en el fallo de condena. Mas aún: Las sentencias no niegan que NOVOA RODRIGUEZ sí le prestó servicios al Estado; solo que reconocen no haber alcanzado a hacerlo por el tiempo requerido para acceder a una pensión de jubilación. Por lo que al inconforme le incumbe detallar cómo cada uno de los elementos de convicción allegados comprueba cada período de servicio hasta establecer el tiempo total, y no restringir la argumentación a una proposición general que a la postre deja infundada.

Por lo demás, es el actor quien propone la distorsión de la inspección judicial cumplida en el Consejo de Estado, en cuanto aspira a que de ella se concluyan hechos y situaciones que esa prueba no está en capacidad de establecer. Es lo que ocurre cuando expresa que debió admitirse la afirmación de que su protegido sí trabajó en esa

Corporación por el solo hecho de que los nombres de los Consejeros que aquel había mencionado, coincidían con los titulares de esos cargos.

Las últimas tachas que formula el recurrente tampoco se ajustan a las exigencias del recurso extraordinario, pues no conllevan la demostración de los errores supuestamente cometidos por los sentenciadores, dentro de las opciones teóricas previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Son simples comentarios dirigidos en contra de la denuncia anónima que permitió la iniciación de la averiguación adelantada por la Procuraduría, y sobre la afirmación de que el implicado aprovechó la tragedia del Palacio de Justicia para presentar la prueba testimonial supletoria, que bajo ningún aspecto constituyen un ataque contra los fundamentos de la condena.

La deficiencia técnica y argumentativa de los cargos presentados en esta demanda, no da lugar para que la Sala abunde en otra respuesta distinta a su desestimación.

III.DEMANDA A NOMBRE DE ISABEL AMPARO BOCANEGRA

III.1.- Como cargo principal de esta demanda el actor postuló la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal, por atipicidad de la conducta, basada en los mismos argumentos esgrimidos para fundamentar el cargo de nulidad, en cuyo estudio se concluyó que el proceder de la sentenciada sí se ajusta a la descripción de la disposición cuya infracción se denuncia.

Por consecuencia, la Sala se remitirá en su respuesta a la argumentación contenida en el último aparte de los cargos propuestos por nulidad, si bien a lo allí anotado puede aún añadirse que además de hallarse demostrada la vinculación real y efectiva de la doctora BOCANEGRA JARAMILLO como Abogada Sustanciadora de la División Jurídica de Caprecundi, cargo en el cual tenía que estudiar y conceptuar

sobre la legalidad de la documentación que los solicitantes aportaban, y su idoneidad para el reconocimiento prestacional, en el caso de la especie esa fue, precisamente, la conducta que realizó y le ha sido reprochada, en la medida en que sin su concepto reiterativo no hubiera sido posible decretar la pensión del doctor MILCIADES NOVOA, pues ya otras dependencias de la entidad habían objetado las pruebas supletorias, de modo que el regreso del expediente a su Despacho significaba la necesidad de expedir un criterio definitorio que por parte de la Oficina especializada dirimiera el tema. Así lo hizo la acusada, pero de modo contrario a derecho, permitiendo con ello el trámite siguiente de liquidación, resolución y pago, con el cual culminó el fraude al fisco, sin que cuente para nada el que para el momento de girarse los dineros, ya se hubiese desvinculado de la entidad.

En tal sentido es la conclusión de la Fiscalía en la resolución acusatoria:

“...a folio 107 del cuaderno de anexos encontramos un informe de AMPARO BOCANEGRA diciendo que la prueba principal se agotó, que debe tenerse en cuenta la prueba supletoria enviando en forma inmediata el proceso a la Oficina de Liquidación. Es más en alguno de los estudios a la documentación presentada la sindicada AMPARO BOCANEGRA, sobre las tantas veces citadas declaraciones, afirma que los declarantes eran quienes nombraban sus empleados desempeñando cargos de Magistrados o Secretarios de la misma Corporación. Sin embargo, esos supuestos testigos de acuerdo al texto de los testimonios, jamás hicieron afirmación alguna en el sentido de haber ocupado cualquiera de esos cargos; esto nos demuestra una vez más el afán por analizar y tener en cuenta estas pruebas en forma desviada y trata de demostrar el tiempo exigido para la pensión.

El señor CARLOS ANTONIO GUTIERREZ MORALES, confirma lo antes dicho, :”Las declaraciones no concretaban con exactitud los tiempos que solicitaban se tuvieran en

cuenta, de todas maneras la oficina jurídica ordenaba al final tener o no en cuenta determinadas pruebas..” “En conclusión como ya se enunció. estos cuatro sindicados deben ser acusados como coautores del punible de peculado por apropiación, unos como determinadores y los otros por ser los autores materiales de la conducta...”(sic).

Y si como ya se expuso, dentro del concepto de administración como actividad compleja que exige la intervención de diferentes personas con una distribución racional de trabajo para el cumplimiento de los fines de Estado, cada una de ellas responde por el resultado en una distracción punible de bienes del erario, en la medida en que contribuya dolosa o culposamente a su pérdida, daño o aplicación oficial diferente, no puede someterse a duda la tipicidad del comportamiento que se le imputa a la acusada, a quien correspondía definir un punto de derecho previo a la liquidación y el reconocimiento, el cual realizó de manera dolosa y contrariamente a derecho, constituyéndose en causa del daño patrimonial económico cumplido.

La formulación de una violación directa en este sentido implica que el censor acoge la prueba de la misma manera como la analizó el censor, y ello equivale a admitir que los elementos externos de la infracción de peculado, conforme queda visto, solo hacen reiteración de acierto en la decisión controvertida.

III.2. El segundo cargo de esta demanda se funda en la causal primera de casación, cuerpo primero, denunciando la violación directa del principio de igualdad consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal y 13 de la Constitución Política, porque a la acusada se le debió tratar como a las co-sindicadas Gloria Amparo Cuéllar Moreno y Dilia María González Gómez, a quienes se exoneró.

Es evidente que este reproche no se sujeta a la técnica del recurso extraordinario, por cuanto la invocación de la infracción directa de la ley, tiene como supuesto la aceptación de los hechos como han sido considerados por el fallador, radicando

privativamente la desavenencia en la aplicación de la disposición vulnerada. En este punto, no obstante, el demandante discute la situación procesal de tres de las implicadas, dos de las cuales fueron eximidas de responsabilidad penal.

La opción que podría tener el actor para atacar la sentencia del ad quem en este aspecto tendría que condicionarse a que la situación fáctica y jurídica de las tres implicadas hubiera sido idéntica, y que a pesar de ello se les hubiera dado un tratamiento desigual. Sin embargo, las providencias muestran lo contrario, pues cada imputada se ubica en la realización de una conducta distinta frente a sus propios deberes y frente al hecho punible perseguido. Bajo ese solo aspecto se hace imposible otorgar prosperidad a la demanda analizada.

IV.DEMANDA A NOMBRE DE MARTHA ESPERANZA PEÑARETE

IV.1. El libelo formulado a nombre de MARTHA ESPERANZA PEÑARETE propone por vía de violación directa una indebida aplicación del artículo 133 del Código Penal, porque a la procesada se le imputa la determinación en un delito de peculado, cuando el autor no podía cometerlo porque al producirse la resolución de reconocimiento de pensión ya la doctora BOCANEGRA no tenía la calidad de sujeto activo para la comisión de un delito de responsabilidad, y mucho menos suscribió la resolución de reconocimiento prestacional.

Como prolijamente se ha explicado que el cargo contenido en la resolución de acusación no imputa a la doctora BOCANEGRA JARAMILLO el hecho de haber expedido la resolución de pensión, sino la emisión de un concepto contrario a la ley que fue el que sirvió de base para tomar en cuenta unas pruebas supletorias improcedentes y deficientes, concepto que a su vez se utilizó para la liquidación y expedición de la tan referida resolución de pensión, es claro que el cargo que se comenta no corresponde con la realidad de los hechos ni de los cargos que comprometen la

radicación en juicio y por lo mismo resulta inapropiado para controvertir el fallo de condena.

Ya insistentemente se ha precisado que la proposición de la violación directa de la ley supone en el actor la aceptación de los hechos y de las pruebas de la misma manera como se indican en el fallo. Por tal motivo no le es posible al censor entrar a plantear la atipicidad de la conducta sobre el supuesto de unos hechos que son ajenos a los que constituyen el cargo de la acusación y la condena, y mucho menos discutir en derecho sobre esa clase de supuestos acomodaticios, pues al hacerlo ataca en realidad una sentencia imaginaria y no la que se profirió en el plenario, reclamando la aplicación del derecho sobre un supuesto distinto de aquel que el fallador tomó en cuenta.

Esta equivocada forma de alegar impide avocar de fondo la alegación propuesta, como entrar a proferir fallo de mérito, porque también se ha recordado ya y repetidamente en esta providencia, que el principio de limitación restringe al juzgador la posibilidad de rectificar o modificar los términos de la demanda, siendo de la exclusiva iniciativa del censor su proposición íntegra dentro del recurso extraordinario.

IV.2.- En la segunda censura se acusa al Tribunal de incurrir en un “error de derecho” respecto de la apreciación de la prueba con la que se dedujo la culpabilidad de MARTHA PEÑARETE en condición de determinadora del delito de Peculado por apropiación, por habersele atribuido “un alcance diverso al que le asigna la ley”. Entonces, el actor asegura que la prueba de la determinación fue inferida judicialmente por cuanto no existe demostración distinta.

Tratándose, como se enuncia, de la formulación de un error de derecho, lo que remite a una equivocación centrada en las regulaciones normativas, es de esperar que el casacionista ofrezca una comparación que enfrente la regulación legal de la prueba que acusa con la que aplicó o concedió el

sentenciador; pretensión que en el caso examinado se frustra cuando el actor varía su crítica de la valoración específica de la prueba a las conclusiones de los jueces, desatendiendo de añadido que en el sistema procedimental vigente, no existe una prevaloración legal que supedita unos a otros los diferentes medios de convicción, lo que, al menos en principio, hace improcedente en casación la alegación de un error de derecho por falso juicio de convicción.

Por otra parte, los argumentos que aporta para acreditar la equivocación judicial, tampoco aciertan a construir un reproche que se ajuste hipótesis de esta clase de error que puedan subsanarse en esta sede (vgr. darle a un medio de prueba un mayor o menor valor que la ley no le concede), pues lo que se ataca son las consideraciones sobre las cuales el Tribunal dedujo a MARTHA PEÑARETE la condición de determinadora para la comisión del peculado, a través de una personal valoración del acervo probatorio, incurriendo así en el manido defecto de reelaborar la motivación del fallo, pero sin lograr resquebrajar su contenido.

En tal sentido se manifiesta el desacuerdo con argumentos tales como que el abogado NOVOA RODRIGUEZ no requería de asesoría profesional, dada su experiencia en el área laboral o haciendo una reinterpretación del monto de los honorarios pactados para esa prestación de servicios, aduciendo que cada quien es libre de contratar la asesoría que estime, que la prestación de servicios no es gratuita, y que la cuantía de ocho millones de pesos fue un ardid de NOVOA, pues MARTHA PEÑARETE solo recibió tres millones de pesos de honorarios.

En igual forma aduce que la prueba de la determinación ejercida por MARTHA PEÑARETE sobre AMPARO BOCANEGRA fue inferida judicialmente, lo que hace suponer que era inexistente, pues lo único que consta es una llamada que aquella le hizo a la segunda después de retirarse de CAPRECUNDI, según lo declaró Marina Aurora Martínez de Bacca, como tampoco existe prueba de amistad que

uniera a las dos abogadas, con lo que parecería trasladar el cargo a los errores de hecho por suposición de pruebas, desatendiendo la ilogicidad que supone una alegación coetánea de errores de hecho y de derecho, cuando no encierra una contradicción al preteder que no existe prueba de la existencia de nexos entre las dos abogadas, cuando a la vez reconoce la llamada telefónica, y que una y otra abogadas habían trabajado en la misma entidad y conocido del mismo expediente, e inclusive admite que a la doctora PEÑARETE se le había declarado insubsistente por deshonesto.

Sobre este aspecto -conocimiento de MARTHA PEÑARETE sobre el expediente administrativo de MILCIADES NOVOA-, argumenta además que las dos veces que intervino como sustanciadora lo hizo en forma mecánica, manifestando su inconformidad con la rapidez que los jueces le atribuyen al trámite pensional una vez que la doctora PEÑARETE asumió la asesoría del caso, porque en definitiva se tomó 18 meses. Por lo demás advierte que su defendida no intervino en la aportación de las declaraciones extraprocesales porque cuando se retiró de la entidad oficial, ya NOVOA RODRIGUEZ había presentado toda la documentación. Y prosigue criticando el testimonio del sentenciado hasta advertir que dada la irascibilidad de AMPARO BOCANEGRA, no era posible que MARTHA PEÑARETE hubiera exhibido a aquel el expediente administrativo.

Para terminar atribuye como errores del ad-quem el valorar el testimonio de María Aurora Martínez de Bacca; considerar como indicios razonamientos no concretos, en desacuerdo con la sana crítica, la experiencia y la hermenéutica judicial; y haber violado el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por no obrar en el proceso la prueba que conduce a la certeza del hecho punible y la responsabilidad de la procesada.

En estos términos, bien se advierte que la fundamentación del cargo es un listado de inconformidades y de opiniones personales opuestas al fallo

de condena, pero salidas de todo marco técnico que comprometa una causal concreta de casación, pues no se esboza con claridad la clase de error que se aduce, ni coherentemente se demuestra. Es más: la insuficiente fundamentación es evidente, porque a pesar de abundar en afirmaciones, no se acierta en la demostración de los yerros que se atribuyen a los jueces, variando más de una vez la alegación del error de derecho al de hecho, como cuando propone que es de la primera especie el desacato de las reglas de la lógica y la experiencia, a sabiendas de que en tal caso se incurriría en error de hecho por falso juicio de identidad.

En las anteriores condiciones, la Sala debe prescindir por informal, de la consideración meramente conceptual de los aspectos esbozados por el actor, lo que conlleva la demanda al fracaso.

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

R E S U E L V E:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

MARIO MANTILLA NOUGUES

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria