

Proceso N° 12452

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

APROBADO ACTA No. 190

Santa Fe de Bogotá, D.C., Noviembre veintinueve de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza (Cundinamarca) condenó (marzo 20 de 1996) al procesado ANGEL MARIA ROMERO MORALES, a la pena principal de noventa y dos (92) meses de prisión y multa de treinta y cinco mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término por los siguientes delitos: a) Peculado por uso, al haberse utilizado indebidamente el campero de placas OIB 259 que había sido dado en comodato al municipio, b) Falsedad ideológica en documento público con base en el contenido de las resoluciones 007 del 22 de enero, 127 y 115 de abril

24, 155 de mayo 26 y 119 de abril 25 de 1994, y los documentos contables que soportaron los pagos ordenados en ellas, y c) Peculado por apropiación en cuantía de \$600.000, hecho consumado a través del contrato por cambio de tubería del Acueducto Municipal. En concurso y por el mismo hecho punible en cuantía de setecientos mil pesos se sentenció al procesado, lo que ocurrió en los contratos otorgados para la obra y compra de materiales de la escuela Cañuelal.

El Tribunal Superior de Cundinamarca, con providencia del 26 de junio de 1996, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia de primera instancia, la modificó, en el sentido de absolver por el punible de peculado por apropiación, imputado con base en el contrato del Acueducto Municipal, y la falsedad ideológica en documento público, referida a la resolución 007 del 22 de enero de 1994. Confirmó en lo demás, precisando que la pena de prisión quedaba en setenta y cuatro (74) meses y la interdicción de derechos y funciones públicas se aplicaba por igual término.

El procesado interpuso recurso de casación y presentó la demanda sobre la cual se pronuncia la Sala.

HECHOS

En el lapso comprendido entre el 12 de noviembre de 1993 y el 29 de julio de 1994, ANGEL MARIA ROMERO MORALES, en su condición de Alcalde del municipio de Gutiérrez (Cundinamarca), ejecutó las siguientes acciones, con base en las cuales se profirieron los fallos de condena en las instancias:

1. La Gobernación de Cundinamarca le entregó en comodato a la Administración Municipal de Gutiérrez el campero Chevrolet Samurai de placas OIB-259 para mantener y conservar el orden público. El procesado lo utilizó para hacer un viaje a Maicao en compañía de su novia NANCY PARDO, su hermana MARLENE ROMERO y el empleado del municipio ORLANDO SECHAGUA, con el supuesto argumento de tener que comprar cuatro computadores para el servicio del ente territorial del que era burgomaestre, lo que no se hizo en esta ocasión.

2. Con resolución 127 de abril 29 de 1994 se ordenó pagarle a RAMIRO SANABRIA ACOSTA dos millones de pesos para la realización de trabajos con el objeto de lograr la construcción de la escuela La Palma. Para el cobro de aquellos, el

Alcalde suscribió la orden de trabajo 024 de marzo 1º de 1994, un comprobante sin número de abril 29 del mismo año (F - 23 c.o.1) y constancia de recibido (F - 25 c.o.1). El dinero fue cobrado, entregado al procesado e invertido en otros menesteres, como el pago de deudas que quedaron de las ferias y fiestas de la localidad.

3. Con resolución 115 del 24 de abril de 1994 se ordenó pagar a JAIRO ALBERTO CHAVES BELTRAN seiscientos mil pesos por trabajos en el acueducto municipal, suscribiéndose para el pago la orden 021 de abril 4 de 1994 y tres días después se expidió el certificado de haberse recibido de conformidad, cuando tales labores no fueron ejecutadas por aquél, pues su tarea consistió en la instalación de una tarima por la que se le pagó treinta mil pesos, pero al dejar firmada una orden de trabajo en blanco fue llenada posteriormente por seiscientos mil pesos. Este dinero lo cobró, entregándole al acriminado el mayor valor de lo que correspondía al trabajo que realizó.

4. Otro tanto ocurrió con la resolución 155 del 26 de mayo de 1994 en la que se autorizó el pago de seiscientos treinta y nueve mil setecientos treinta y tres mil pesos a GABINO ANTONIO MAYORGA ORJUELA para el suministro de materiales, lo que no ocurrió y sin embargo se extendió no sólo la citada resolución sino los demás documentos que sirvieron de soporte para el pago de la cuenta. El dinero le fue entregado al Ingeniero GENARO ROMERO MORALES, hermano del procesado.

5. Con resolución 119 de abril 25 de 1994 se ordenó pagar dos millones de pesos a ANGEL MARIA SANABRIA HERNANDEZ para la terminación, ampliación y dotación de las escuelas Cedral, Cerinza y Cañuelal del municipio de Gutiérrez, precisándose que sólo recibió de ese dinero dos cuotas de seiscientos mil pesos y que los materiales los entregó el hermano del Alcalde, de quien se hizo referencia en el numeral anterior.

ACTUACION PROCESAL

Previo indagación preliminar, parte de la cual se realizó por comisión otorgada a la División de Investigaciones Fiscales de la Contraloría del Departamento de Cundinamarca, la Unidad de Investigaciones Especiales de la Fiscalía ordenó abrir investigación penal (fl. 137 c.o.1) contra ANGEL MARIA ROMERO MORALES, a quien, oído en indagatoria (fls. 149 a 162 c.o.1), se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, imputándosele los delitos de peculado por apropiación y celebración indebida de contratos (fls. 204 a 217 c.o.1).

La Fiscalía, luego de ampliar la indagatoria (fl. 226 a 232 c.o. 1) y practicar otras pruebas, adicionó la medida de aseguramiento extendiéndola por los delitos de falsedad ideológica en documento público, peculado por uso y peculado por aplicación oficial diferente (fls. 385 a 393 c.o.1). Esta decisión fue confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado (fls. 10 a 15 c. segunda instancia Fiscalía).

Cerrada la investigación (fl. 15 c.o. No. 2) y presentados alegatos precalificatorios por el defensor y el agente del Ministerio Público, la Fiscalía con providencia de 29 de noviembre de 1994 calificó el sumario profiriendo resolución de acusación contra el procesado por los delitos de peculado por apropiación, peculado por uso indebido, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público, en concurso material (fls. 228 a 256 c.o.2).

El juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza adelantó la etapa del juicio. Una vez celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria en los términos antes reseñados (fls. 554 a 588), la que apelada por el defensor fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca con las modificaciones anotadas en precedencia (fls. 81 a 110 c. Tribunal).

LA DEMANDA

Nulidades.

Cargo primero: Nulidad total de lo actuado.

1. Con apoyo en la causal tercera de casación, el demandante aduce que la sentencia impugnada fue dictada en un juicio viciado de nulidad, conforme a lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, “en razón a la indebida motivación de las providencias que definieron la situación jurídica”.
2. Considera que se vulneró el debido proceso porque la providencia que definió la situación jurídica y la que la adicionó carecen de los requisitos legales, por lo que se cerró la investigación sin haberse cumplido adecuadamente con dicho presupuesto procesal. De paso se desconoció el derecho a la defensa, porque la ambigüedad de la Fiscalía en aquellas decisiones le impidió desarrollar una labor eficaz de defensa.
3. De conformidad con los principios que orientan la declaración de nulidad, como en el presente caso se vulneró el derecho de defensa y se desconocieron las bases del debido proceso, no resulta posible convalidar la irregularidad denunciada, la que se puso en conocimiento de la Fiscalía y del Juez de la causa, sin que se obtuviera reconocimiento oportuno, situación que obligó a su reclamación a través del recurso extraordinario, pues no existe en el momento otro remedio procesal diferente.

4. Solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la definición de la situación jurídica.

Segundo cargo: Nulidad parcial de lo actuado.

Presenta el cargo como subsidiario del anterior y lo concreta a las conductas juzgadas respecto de la escuela de Cañuelal, consignadas en los hechos 8º y 9º de la sentencia de primera instancia o cuarto de la segunda instancia.

Impugna la sentencia por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, por violación al derecho a la defensa (art. 304-3 del C.P.P.), en relación con la condena proferida por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica, por los pagos de los trabajos de terminación, ampliación y dotación de la escuela de Cañuelal y los documentos suscritos para ello.

Los hechos con base en los cuales se profirió la condena por los delitos referidos no fueron materia de interrogatorio en la diligencia de indagatoria o ampliación de ésta, ni de ellos se hizo referencia específica en la definición de la situación jurídica, como tampoco se le imputaron como cargo en la resolución de acusación.

No puede proferirse sentencia condenatoria respecto de un hecho que no fue objeto de investigación y en relación con el cual no se otorgaron las debidas oportunidades de defensa, porque con ello se vulneraron garantías procesales, como se desprende de la interpretación de los artículos 352, 385 y 360 del C. de P.P. y del criterio uniforme que en tal sentido ha expresado la jurisprudencia y los organismos internacionales.

Solicita a la Corte que se case parcialmente la sentencia en

relación con la condena proferida por los delitos a que se ha hecho referencia y se decreta la nulidad de lo actuado desde la diligencia de indagatoria.

Cargo tercero: Nulidad parcial de lo actuado.

Como subsidiario de los anteriores, señala que la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio parcialmente viciado de nulidad por violación de las formas propias del juicio y del derecho a la defensa, según lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del art. 304 del C. de P. P., pues se omitió la práctica de pruebas indispensables, para tomar una decisión acorde con la verdad de lo ocurrido, a pesar de que el defensor insistió en la necesidad de ellas para aclarar lo relativo a la terminación y dotación de la escuela Cañuelal, actuaciones éstas con base en las cuales los sentenciadores le imputaron los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

La inspección judicial que se practicó no se extendió a tres obras que la Fiscalía y los funcionarios del conocimiento dieron por inexistentes sin corroborar objetivamente su realización: la reparación y cambio de tubería del acueducto municipal, la explanación y adecuación del terreno para la construcción de la escuela de la Palma y la Reparación de la escuela de Cañuelal.

De las conductas relativas a estas obras, se profirió fallo condenatorio por el delito de peculado por apropiación sólo respecto a la reparación de la escuela de Cañuelal y al darse por inexistente la obra de reparación del acueducto municipal se condenó por el delito de falsedad documental.

Para despejar las dudas sobre las obras de la escuela Cañuelal y a las referencias que a ella hacía ANGEL MARIA SANABRIA, se solicitó una inspección

judicial y un avalúo pericial, con lo que se buscaba determinar que la obra fue realizada y su valor aproximado, pero la Fiscalía no se pronunció positivamente sobre la práctica de esta prueba y a pesar de insistirse ante el Juez de su necesidad para determinar la materialidad de los punibles se negó su realización, con lo cual se omitió incorporar al proceso pruebas indispensables para el objeto de la investigación a fin de resolver las dudas sobre la ejecución de la obra en la escuela Cañuelal y el monto de esa inversión, lo cual no se podía establecer testimonialmente. De ahí que la conclusión a la que llegó el fallador es inadmisibile, violatoria del debido proceso y del derecho a la defensa.

Solicita a la Corte que se case parcialmente la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación.

Causal primera.

Cargo cuarto: Violación directa de la ley sustancial.

Tiene relación con las obras de la escuela Cañuelal que originaron el delito de peculado por apropiación. Se presenta este cargo como subsidiario de los anteriores.

La sentencia impugnada viola directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del C.P. y falta de aplicación del inciso segundo del artículo 19 de la ley 190 de 1995, modificatorio del anterior, y por exclusión evidente del artículo 6º del C.P.

Se profirió sentencia condenatoria de primera y segunda instancia por delito de peculado por apropiación en cuantía de setecientos mil pesos, monto que para la fecha de ocurrencia de los hechos era inferior a cincuenta salarios mínimos mensuales. Para la comisión del reato se encontraba vigente el artículo 133 del Código Penal, pero

cuando se profirió el fallo de primera instancia, la ley 190 de 1995 había modificado el citado artículo y consagró para el caso que se analiza una pena menor, por ser el monto de lo apropiado inferior a cincuenta salarios mínimos. En forma inexplicable los sentenciadores de instancia optaron por aplicar, en lugar de la sanción atenuada, la agravada por la cuantía del artículo derogado.

La sentencia de segunda instancia dice que no se da aplicación al artículo 19 de la ley 190 de 1995 porque al momento de los hechos estaba vigente la redacción del artículo 133 del C.P., con lo que se reconoce expresamente la existencia de la norma más favorable, pero se omite su aplicación (artículo 6º del C.P.).

El impugnante considera que se trata de un caso de tránsito de leyes en el tiempo, en donde la norma posterior resulta más favorable que la anterior – art. 133 del decreto 100 de 1890 -, por lo que no era viable omitir la aplicación del artículo 6º del C.P. Este es un error que incide en la pena impuesta, por cuanto se partió del mínimo de la pena previsto por la norma subrogada (48 meses de prisión), cuando el mínimo vigente al momento de dictarse la sentencia era de dieciocho meses de prisión.

Solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia en relación a la pena impuesta por el delito de peculado por apropiación, para que se dé aplicación al principio de favorabilidad y consiguientemente, se modifique la sanción impuesta.

Cargo quinto: Violación indirecta.

Se presenta como subsidiario del cargo primero de nulidad. Se acusa al Tribunal de haber incurrido en errores de apreciación en las pruebas y en falsos juicios de existencia que determinaron la condena por el delito de peculado de uso del vehículo de placas OIB-259.

1. Falso juicio de existencia.

El Tribunal excluyó de su análisis las declaraciones de los testigos: RICARDO ALBERTO MORENO QUEVEDO, RAFAEL ALFONSO ROMERO ROMERO, CARMEN JULIA ACUÑA REY Y LUIS ENRIQUE LADINO MORENO, a pesar de obrar todas en el expediente y gozar de plena validez jurídica.

Los testigos señalaron la costumbre que se tenía en el municipio en cuanto al uso del vehículo Chevrolet Samurai desde cuando fue entregado en comodato, esto es, “como vehículo de representación personal del Alcalde”. Por consiguiente, las citadas pruebas demuestran con ello que durante su gestión el procesado no cambió la destinación ni el uso del mencionado campero.

De haberse analizado las referidas pruebas, el fallo hubiese optado por la absolución.

2. Falso juicio de identidad.

Afirma el impugnante que el Tribunal incurrió en falsa interpretación de las pruebas sobre las que fundó la sentencia, como consecuencia de un evidente error de hecho por tergiversación de su contenido fáctico, que lo llevó a encontrar típica, antijurídica y culpable la conducta del procesado y a definirla como dolosa.

Al apreciar el sentenciador el contrato de comodato del vehículo, el acta de entrega a la Alcaldía Municipal, el dicho del procesado y las declaraciones de ORLANDO SECHAGUA CASTRO, NANCY LEONOR PARDO ROMERO y ANA LUCIA QUEVEDO CASTRO, tomó solamente el hecho de haberse desplazado el procesado a Maicao en el vehículo a comprar unos computadores y como no halló autorización para ello acudió al contenido del citado convenio que limita el uso a labores de mantenimiento, control del orden público interno municipal y vigilancia ciudadana, deduciéndose de allí el indebido uso del vehículo.

Se desconoce, con esta lógica, las circunstancias que rodearon el hecho, pues todos los testigos pregonaron que desde la llegada del vehículo al Municipio se usaba como carro de representación personal del alcalde, por lo que la ciudadanía y las partes contratantes tuvieron como normal esta situación, lo cual constituye una causal de inculpabilidad.

3. Se dejaron de aplicar los artículos 10, 246, 249, 254 y 282 del C.P.P., lo que llevó al fallador a aplicar indebidamente el artículo 247 ibídem, al tener como plena prueba para condenar la que no reúne tales condiciones por carecer de entidad para demostrar la ocurrencia del delito y la consiguiente responsabilidad del procesado. Se violaron de manera indirecta los artículos 3, 4, 5, 6, 40 numeral 4º, 36 y 134 del C.P.

4. Solicita a la Corte casar la sentencia parcialmente en relación con el presente cargo y absolverlo de toda responsabilidad penal.

Cargo sexto: Violación indirecta.

Lo presenta como subsidiario del primer cargo de nulidad y lo relaciona con la condena por el delito de falsedad ideológica en documento público, determinado por la contratación de la obra de la escuela La Palma. Plantea el impugnante que la sentencia atacada incurrió en errores de derecho y de hecho, por lo que se impone un fallo absolutorio por inexistencia del delito en el hecho a que se refiere este ataque.

1. Error de derecho: Falso juicio de legalidad, por apreciación falsa de la declaración de RAMIRO SANABRIA ACOSTA.

El Tribunal no se percató de que la declaración de SANABRIA ACOSTA fue aducida al plenario sin el cumplimiento de los requisitos legales:

decreto, publicidad y contradicción. El 23 de mayo de 1994, la División de Investigaciones Fiscales y Policía Judicial de la Contraloría Departamental de Cundinamarca recibió la declaración en comento sin que existiera causa penal en su contra, pues la resolución de la Fiscalía que ordenó la indagación preliminar tiene fecha del 2 de junio del mismo año, cuando la declaración ya se había recibido, la que fue incorporada al proceso sin ser previamente autorizada por la Fiscalía, ni posteriormente ratificada por el deponente.

El error se evidencia al fundamentar el Juez de segunda instancia la sentencia en una prueba ilegalmente aportada, vicio que el Tribunal quiso superar dotándola de legalidad sobre la base de suponer que el testigo SANABRIA había comparecido a la audiencia a ratificar su declaración, lo que no es cierto que hubiese ocurrido.

2. Error de hecho: Falso juicio de existencia.

El Tribunal excluyó de su análisis pruebas decretadas y recibidas en legal forma, que comportan una realidad diversa a la que percibió el fallador.

El Tribunal no valoró las declaraciones de RICARDO MORENO QUEVEDO, CARMEN JULIA ACUÑA REY, LUIS ENRIQUE LADINO MORENO Y JOSÉ DANIEL VILLAMARÍN, tampoco el contrato de trabajo de RAMIRO SANABRIA ACOSTA. Estas pruebas demuestran la verdad de los hechos, esto es: 1) SANABRIA realizó la obra de descapote y explanación de la escuela La Palma, y 2) Que por las presiones de JUAN PABLO MORENO o por otras razones, aquél mintió ante la Contraloría.

3. Error de hecho: Falso juicio de identidad.

El Tribunal realiza una falsa interpretación de los hechos que recogen las pruebas sobre las que se fundamenta la sentencia, dándoles un alcance

diferente a la realidad material que contienen y desviando su sentido, yerro que llevó a responsabilizar al sentenciado de una conducta que en estricto derecho no es ilícita.

Enuncia las pruebas sobre las cuales se estructuró la sentencia condenatoria, para decir, que a pesar de su contenido fáctico, el Tribunal vio en ellas un sólo hecho: que la obra de la escuela La Palma no fue ejecutada por RAMIRO SANABRIA y que nunca se realizó. Con fundamento en lo anterior concluyó que se estructuró una falsedad ideológica en los documentos públicos que afirman lo contrario, incurriéndose en esta forma en error, pues tuerce el real contenido de aquellas ya que la obra sí se ejecutó y la recibió el Municipio, como se desprende de la orden de trabajo 024 del 1º de marzo de 1994, el comprobante de realización de la obra de abril 29 del mismo año, la constancia de haberse recibido ésta, la resolución 127 de abril 29 ídem y el cheque 5389989 de la Caja Agraria de Gutiérrez.

Para el actor, de las pruebas recaudadas sólo fueron soporte de la decisión censurada las declaraciones de RAMIRO SANABRIA, ANA LUCIA QUEVEDO CASTRO Y JUAN PABLO MORENO, en las que se incurrió en un falso juicio de identificación de su contenido para concluir en la presencia de un ilícito que no aparece demostrado en el plenario.

4. Cita como normas violadas con el error de derecho, los artículos 1, 7, 8, 246, 247, 254, del C. de P.P. por falta de aplicación, y 3, 4, 5, 6 y 40 Num. 4 del C.P. y 36 y 119 ibídem por aplicación indebida. Con los errores de hecho se violaron los artículos 246, 247, y ss, 282 y ss y 254 del C.P.P. por falta de aplicación y 247 y 254 por indebida aplicación.

Cargo séptimo: Violación indirecta de la ley.

Acusa la sentencia por incurrir en errores de hecho, por falta de apreciación de unas pruebas y por tergiversación de las restantes, relacionadas con

el hecho que condujo a la condena del procesado por el delito de falsedad ideológica en documento público, referido a la reparación del acueducto municipal.

1. Error de hecho: Falso juicio de existencia.

El Tribunal excluyó de su análisis pruebas legalmente allegadas a los autos, que contenían una realidad diversa a la contemplada por el fallador. Las pruebas ignoradas fueron las declaraciones de RICARDO MORENO QUEVEDO, JOSE NICODEMUS JARA y LUIS ENRIQUE LADINO MORENO.

Estos testimonios, en sentir del libelista, muestran que IGNACIO LESMES MENDEZ realizó la obra de reparación, mantenimiento y desinfección del acueducto municipal y ante la carencia de cédula de ciudadanía, pidió A JAIRO ALBERTO CHAVEZ que le cobrara la cuenta para pagar a los trabajadores. En estas condiciones sólo mediante un error de hecho pudo el Tribunal colegir que se vulneró el bien jurídico de la fe pública, pues la conducta del procesado lo que hizo fue salvar una cotidiana dificultad, sin causar daño a nadie. Puede que la conducta encuadre formalmente en la tipicidad del hecho, pero ante su falta de lesividad, es inocuo el daño al bien jurídico que protege la fe pública y se impone la absolución.

2. Error de hecho: Falso juicio de identidad.

Enumera las pruebas en las que se fundamentó el fallo de condena con base en las cuales el Tribunal encontró duda de si la obra se ejecutó o no. Sin embargo, colige de allí la existencia de una falsedad ideológica en los documentos relacionados de que dan cuenta la reparación, mantenimiento, limpieza y desinfección del acueducto municipal.

Los documentos públicos informan que la obra la ejecutó JAIRO CHAVEZ, lo que es desmentido por éste en cuanto a la ejecución, más no el pago. Así las

cosas, la conducta encuadra dentro de la tipicidad formal de la falsedad ideológica, pero el Tribunal no tuvo en cuenta otras razones, dadas a conocer en la declaración de LESMES, como la de que la obra la ejecutó él y que por no tener cédula se valió de CHAVEZ para cobrar la cuenta, hecho éste que resulta normal y que demuestra la carencia de dolo, pues no hubo emisión ni pago de cuentas en blanco.

Luego de transcribir apartes de las declaraciones de CHAVEZ y de la Tesorera CARMEN JULIA ACUÑA, señala que sus versiones son contradictorias.

3. Cita como normas violadas los artículos 10, 246, 247, 282, 445, 254 y 247 del C. de P.P. y 4, 5, 6, 40 Num. 4, 36 y 119 del C.P.

4. Solicita a la Corte de manera subsidiaria a lo pedido en el primer cargo de nulidad, casar la sentencia en lo relacionado con este hecho y absolverlo de toda responsabilidad penal.

Cargo octavo: Violación indirecta.

Como subsidiario de los cargos de nulidad, el demandante acusa la sentencia por falta de apreciación de unas pruebas y tergiversación de las restantes.

1. Error de hecho: Falso juicio de existencia.

El Tribunal ignoró las declaraciones de LUIS ENRIQUE LADINO MORENO y ANA LUCIA QUEVEDO CASTRO, pruebas con las que se demuestra que ANGEL

MARIA SANABRIA realizó la obra de la escuela Cañuelal, que transportó los materiales LUIS ENRIQUE LADINO y que el Alcalde no se apropió de dineros del municipio correspondientes a dicho rublo presupuestal.

La omisión de tales pruebas llevó al fallador a concluir sobre la existencia del delito de peculado por apropiación y la falsedad ideológica en documento público, cuando se imponía la absolución.

2. Error de hecho: Falso juicio de identidad.

Enumera las pruebas que tomó en consideración el sentenciador de segunda instancia y señala que el Tribunal encontró demostrado el peculado por apropiación con la comparación de las sumas recibidas por SANABRIA y lo que costó la mano de obra, lo que arroja un faltante de setecientos mil pesos y como se compraron los materiales con un giro adicional, se concluye en la apropiación de aquella suma de dinero.

En cuanto a la falsedad ideológica, el sentenciador toma las declaraciones de SANABRIA y las confronta con los documentos expedidos para la realización de la obra, al encontrar que él solamente ejecutó los trabajos, sin adquirir materiales, concluye en la consumación de aquél punible.

Nuevamente el Tribunal incurre en error, toda vez que el delito no se encuentra demostrado, haciendo análisis personales del testimonio de SANABRIA, concluye que el fallador debió absolver por inexistencia del delito de peculado por apropiación, inocuidad de la conducta frente al bien jurídico tutelado y en últimas porque esa conclusión la imponía la duda y la favorabilidad.

3. Cita como normas violadas los artículos 10, 246, 274 y ss, 282 y ss, 254 y 445 del C. de P.P. por falta de aplicación y 247 por aplicación indebida; 4, 5, 6,

y 40 Num. 4 por falta de aplicación y 36, 133 y 119 del C.P. por aplicación indebida.

Cargo Noveno: Violación indirecta de la ley sustancial.

Acusa la sentencia por haberse incurrido en “ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO”, al condenar por falsedad en documento público con base en los soportes a que se refiere el suministro de materiales para la escuela Cañuelal.

1. Error de derecho: Falso juicio de legalidad.

La declaración de GABINO ANTONIO MAYORGA ORJUELA fue aducida sin el cumplimiento de los requisitos legales. El 27 de julio de 1994 la División de Investigaciones Fiscales y Policía Judicial de la Contraloría Departamental de Cundinamarca lo escuchó en declaración, sin que para esa fecha el procesado estuviera vinculado al proceso penal y aquella nunca fue ratificada por el declarante.

A la Fiscalía se solicitó la comparecencia de MAYORGA para ser interrogado sobre los hechos, prueba que fue negada y si bien el juzgado de conocimiento la ordenó, nunca lo hizo comparecer a pesar de haberse insistido a través de repetidas solicitudes. De ello resulta que tal declaración es secreta en un juicio ordinario, errando el fallador al considerarla como fundamento de la decisión atacada.

2. Error de Hecho: Falsa juicio de identidad.

El Tribunal realizó una falsa interpretación de los hechos que recogen las pruebas sobre las que funda la sentencia, al desfigurar el real sentido de las mismas. Enumera los medios de convicción con base en los cuales se estructuró la sentencia y señala que el fallador sólo vio que la adquisición de materiales no fue hecha por GABINO ANTONIO MAYORGA sino por GENARO ROMERO y colige de lo anterior

el delito de falsedad ideológica en documento público, por cuanto que los documentos en este caso sólo prueban que aquél suministró los materiales con destino a la escuela de Cañuelal y que el municipio de Gutiérrez recibió y pagó su precio.

El Tribunal sustentó su decisión en dos pruebas, las que fueron falsamente interpretadas. Se trata de las declaraciones DE GABINO ANTONIO MAYORGA ORJUELA Y ANGEL MARIA SANABRIA, testimonios que analiza para concluir que se efectuó una falsa interpretación de los hechos materiales que recogen aquellas y así se halló responsabilidad por falsedad ideológica, sin existir ella, toda vez que las pruebas analizadas dicen lo contrario.

3. Cita como normas violadas los artículos 1 y 7, 8, 246, 254, 274 y ss, 282 y ss 445, y 247 del C. de P.P. y 3, 4, 5, 6, 40 Num. 4, 36 y 119 del C.P.

4. Solicita a la Corte casar la sentencia y absolver de toda responsabilidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal rinde su concepto en los siguientes términos:

La demanda con la presentación de los cargos en forma subsidiaria pretende corregir las contradicciones que se presentan en su enunciación.

1. Causal de nulidad.

Cargo primero.

La vulneración del debido proceso por falta de motivación de la providencia que resolvió la situación jurídica y la resolución que adicionó ésta, es

una proposición que obedece a una inadecuada lectura que de la citada pieza procesal hace el demandante, porque su texto permite concluir que la Fiscalía en forma pormenorizada reseñó los medios probatorios aportados al expediente y los hechos punibles que con ellos se podían probar, realizó el análisis de los delitos y determinó la existencia de los requisitos exigidos por la ley para proferir medida de aseguramiento y por ello resulta equivocada la presentación del cargo.

Cargo segundo.

La Fiscalía y el Juzgado enunciaron las irregularidades cometidas en la celebración de los contratos, las cuentas de cobro y pago de las mismas. Entre estos hechos, se relacionó la construcción de la obra en la escuela de Cañuelal.

En la providencia que resolvió la situación jurídica del implicado se relacionaron los testimonios de ANGEL MARIA SANABRIA HERNANDEZ y en las consideraciones del despacho se habla de la ocurrencia de los delitos de peculado por apropiación. En la resolución de acusación al hacerse el análisis probatorio la Fiscalía se refiere a las declaraciones de GABINO MAYORGA Y ANGEL MARIA SANABRIA, haciéndose alusión concretamente a la obra de la escuela de Cañuelal.

En la diligencia de indagatoria se preguntó al procesado sobre la firma de cuentas en blanco, su cobro y la entrega del dinero que a él se le hacía, pues éste fue un comportamiento normal y generalizado del Alcalde en numerosas obras.

En la diligencia de audiencia pública, el juez de la causa interrogó al acriminado en forma detallada sobre la construcción de la obra de la escuela Cañuelal, explicando aquél su comportamiento y negando la apropiación del dinero.

Conocía el procesado los cargos que se le estaban haciendo por la obra en mención, tan es así, que solicitó la práctica de pruebas y la ampliación de los

testimonios que lo implicaban en el hecho. No se observa vulneración del derecho de defensa ni de la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

Cargo tercero.

El delito de peculado por apropiación por la suma de setecientos mil pesos, imputado al procesado, se dedujo del testimonio del maestro que realizó los trabajos en la escuela Cañuelal y de la cuenta de cobro a nombre de GABINO MAYORGA por materiales para la misma obra.

En la imputación del delito de peculado por apropiación no se puso en duda la construcción de la escuela, razón por la cual no se hacía necesario la práctica de una inspección judicial, pues con ello no se podía constatar la no apropiación de setecientos mil pesos en dinero efectivo que finalmente perjudicó el patrimonio del Estado.

Causal Primera.

Cargo cuarto.

El artículo 133 del Decreto 100 de 1980, sin modificar, señalaba una pena de 4 a 15 años de prisión cuando el valor de lo apropiado en el delito de peculado pasara de quinientos mil pesos; el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 modificó su texto y consagró una pena de 6 a 15 años para el tipo básico de peculado, señalando en su inciso segundo que, cuando lo apropiado no supera el valor de 50 salarios mínimos legales mensuales, la pena debe disminuirse de la mitad a las tres cuartas partes. No obstante ser la norma posterior favorable, al procesado se le aplicó la pena del citado artículo 133.

El artículo 6º del C.P. consagra el principio de favorabilidad, precepto de contenido sustancial que debe operar en el caso concreto. La norma posterior

consagra una pena mínima menor que la señalada en el artículo original, así que atendiendo a lo señalado por el principio en mención, se observa una aplicación indebida del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 y una falta de aplicación del artículo 19 de la ley 190 de 1995, motivo por el que el cargo debe prosperar.

Se solicita la casación parcial de la sentencia a efecto de que la Corte profiera la que corresponda en relación con la dosificación punitiva respecto del cargo de peculado por apropiación, dándose aplicación a la norma más favorable al procesado, partiendo de la pena mínima señalada en el artículo 19 inciso segundo de la ley 190 de 1995, modificatoria del artículo 133 del C.P.

Cargo quinto.

1. Falso juicio de existencia.

No le asiste razón al libelista, pues los juzgadores de instancia tomaron en consideración la circunstancia probada en autos de la realización de un viaje hacia la ciudad de Maicao (Guajira), lejos de la circunscripción territorial del Alcalde de Gutiérrez, hecho sobre el cual no se pronunciaron los testigos citados por el libelista y en estas condiciones no se puede hablar de haberlos desconocido, pues se refirieron a aspectos distintos al hecho imputado.

Se queja el libelista de que se ignoró la costumbre sobre el uso dado al vehículo en el municipio, pero la reiteración de la conducta no le cambia su connotación ilícita y además ninguno dio noticia que con el vehículo se hiciesen desplazamientos a esas distancias. El contrato de comodato no incluía ese tipo de viajes, respecto del cual no se demostró cabalmente el motivo.

Que no se consignara en forma expresa lo dicho por estos testigos en la providencia, no significa que no se hayan valorado en el contexto de la

decisión los medios probatorios; estos, según se desprende de las consideraciones de la sentencia impugnada, no ofrecieron suficiente certeza para desvirtuar los demás medios de prueba que le sirvieron de fundamento.

2. Falso juicio de identidad.

No le asiste razón al libelista porque las pruebas vertidas al expediente fueron apreciadas por el Tribunal en su real sentido, sin tergiversación alguna y con ellas se demostró la responsabilidad del procesado en el delito que se investigó y juzgó.

La forma como según el libelista debe interpretarse la prueba recogida para respaldar una costumbre reiterada sobre la utilización del automotor, es una apreciación personal que no desvirtúa la comisión del ilícito, para el cual se tomó en consideración el hecho del desplazamiento hacia la costa en el automotor porque era precisamente lo que se estaba investigando.

Cargo sexto.

1. Falso juicio de legalidad por apreciación falsa de la declaración de RAMIRO SANABRIA ACOSTA.

El ex-alcalde de Gutiérrez denunció ante la División de Investigaciones Fiscales y de Policía Judicial de la Contraloría de Cundinamarca algunas irregularidades cometidas por ROMERO MORALES. Dentro del ámbito de su competencia se recibieron varias pruebas, entre ellas la declaración de RAMIRO SANABRIA, la que se recibió con sujeción a las formalidades señaladas en el Código de Procedimiento Penal para su práctica.

La investigación penal se inició con fundamento en las pruebas

aportadas por la Contraloría, las que tienen el valor de prueba trasladada y se aprecian en el proceso penal de acuerdo con las reglas de la sana crítica siempre que sean válidamente practicadas, como en el presente caso, y se le da este carácter, por cuanto fueron realizadas antes de la existencia del proceso penal. Las que se practicaron por expresa comisión de la Fiscalía luego de iniciado el proceso penal, ostentan otra calidad.

La queja se centra en el hecho de no haberse ratificado el testimonio de SANABRIA dentro del proceso penal, vicio que según el demandante, impide tener la prueba como fundamento de la sentencia. Sin embargo se observa que el Tribunal tomó en consideración para fundamentar la responsabilidad de ROMERO para este delito de falsedad, no solo la declaración inicial vertida por aquél al proceso, sino también otros medios probatorios que determinaron que en la orden de trabajo y la cuenta de cobro girada a RAMIRO SANABRIA se consignaron mentiras que determinaron la comisión del delito de falsedad en documento público.

2. Falso juicio de existencia por falta de apreciación de pruebas legalmente aportadas al proceso.

En este punto y por coincidir la argumentación del libelista con la expuesta en el cargo anterior, reitera la Delegada lo expresado, en cuanto a que no existió desconocimiento de la prueba por parte del Tribunal en la sentencia.

El ad quem apreció los documentos obrantes en el expediente sobre la obra de la explanación de la escuela La Palma, la declaración inicial de Ramiro Sanabria y de la Secretaria de la Alcaldía, quienes manifestaron que con los dos millones cobrados por aquél y entregados al Alcalde se cancelaron algunas deudas pendientes de la celebración de las ferias y fiestas de la población.

Con el cheque de dos millones de pesos, la cuenta de cobro con la que se respaldó y la orden de trabajo respectiva, no se estaban cubriendo los gastos allí

referidos sino deudas por las ferias y fiestas del municipio, de ahí que por tales inexactitudes se imputara el delito de falsedad en documento público, razón por la cual no le ofrecieron certeza los testimonios señalados por el libelista como dejados de apreciar.

3. Falso juicio de identidad por tergiversación del contenido fáctico de las pruebas.

Se aduce falso juicio de identidad respecto a la declaración de RAMIRO SANABRIA, sobre la cual se ha afirmado en el mismo cargo falso juicio de legalidad, por lo que se presenta un quebranto al principio de no contradicción.

Hay que decir que este testimonio sí fue apreciado en su real contenido, sin tergiversaciones de ninguna especie, pues lo que se afirma con ella es que se canceló una suma de dinero en apariencia por una obra realizada en favor del Municipio, pero con ese dinero se pagaron otras obligaciones que nada tenían que ver con la obra de adecuación del terreno para la escuela de La Palma. Esta declaración fue corroborada por el testimonio de la secretaria de la Alcaldía.

Sobre los demás testimonios, el recurrente se limita a señalar una serie de críticas, sin que en la forma de interpretación del Tribunal del sentido de lo expresado por los declarantes, se observe que se haya tergiversado lo dicho por ellos.

Cargo Séptimo.

No debe prosperar por las siguientes razones:

1. Falta de apreciación de pruebas legalmente obrantes en el

plenario.

Las pruebas que señala el actor como excluidas demuestran que el acueducto del municipio presentó un daño y se reparó, pero para nada inciden en la falsedad ideológica imputada al procesado, porque el punible consistió en girar un cheque a nombre de otra persona y no pagar con él la obra realizada.

No fueron ignoradas las declaraciones indicadas y aun cuando así hubiese sido, ninguna trascendencia tenían para desvirtuar la responsabilidad de ROMERO, razón por la cual no fueron mencionadas dentro de las consideraciones del Tribunal. No le asiste razón al censor en la formulación de este cargo.

2. Falso juicio de identidad por tergiversación del contenido fáctico de las pruebas.

Afirma el censor que entre las declaraciones rendidas por CHAVEZ y la Tesorera del municipio que sirvieron de base a la sentencia condenatoria se aprecian una serie de contradicciones que desvirtúan su dicho, especialmente en lo relativo a la firma de cuentas de cobro en blanco, pero el aspecto central de la acusación radica en el hecho de que el dinero cobrado no fue entregado a LESMES, como se afirma, sino que se pagaron otras cuentas con él, como la elaboración de una tarima para las fiestas del pueblo.

No de otra forma podía el Tribunal apreciar los testimonios y los documentos aportados al expediente que lo llevaron al convencimiento de la realización del hecho punible, por lo que no se demostró tergiversación alguna por parte del fallador. El cargo no debe prosperar.

Octavo cargo.

No le asiste razón al casacionista, por lo que debe ser desestimado.

1. Falso juicio de existencia por falta de apreciación de pruebas.

Los testimonios de LUIS ENRIQUE LADINO Y ANA LUCIA QUEVEDO se dejaron de apreciar, con los cuales se concluía la efectiva construcción de la obra en la escuela Cañuelal, la entrega de materiales para la misma y la no apropiación de dineros por el alcalde.

Los citados testimonios sí se tuvieron en cuenta por el sentenciador en diversas oportunidades, lo que ocurre es que ellos no desvirtúan la apropiación de setecientos mil pesos que debieron ser destinados para la compra de materiales y lo relativo al contenido de los documentos, con lo que se configuran los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento público.

2. Falso juicio de identidad por indebida apreciación probatoria.

El casacionista se limita a denunciar el error y a indicar lo que ha debido concluirse de los testimonios analizados, en contraposición a lo dicho por el ad quem. Se alude además a que no conducen a la demostración del error invocado, cayendo en argumentaciones propias de los alegatos de instancia.

Transcribe apartes de la declaración de SANABRIA para indicar qué quiso decir este testigo y qué debe desprenderse de lo expresado, con lo que llega a una conclusión diferente a la del Tribunal, sin que ello implique que se presentó una tergiversación del testimonio o un cambio de sentido de lo dicho.

El cargo debe ser desestimado porque no le asiste razón al censor sobre la formulación al no existir error en la sentencia respecto de la valoración probatoria.

Noveno cargo.

Debe ser desestimado por las siguientes razones:

1. Falso juicio de legalidad en la apreciación de la declaración de GABINO ANTONIO MAYORGA ORJUELA.

La Fiscalía comisionó a la Contraloría para realizar algunas diligencias dentro del trámite de la investigación preliminar que se adelantaba, recibéndose algunas declaraciones, entre ellas la de MAYORGA ORJUELA. No es cierto que haya sido ilegal su aporte al proceso, pues se practicó con todos los requisitos y al momento de ser apreciada por los juzgadores de instancia se hizo en conjunto con el resto del material probatorio que demostraba la ocurrencia del delito de falsedad ideológica en documento público.

2. Falso juicio de identidad por indebida interpretación de las pruebas.

El recurrente no presenta un argumento de peso que demuestre la tergiversación del sentido de las declaraciones de GABINO MAYORGA y ANGEL MARIA SANABRIA.

Es cierto que MAYORGA compró materiales directamente o a través de GENARO ROMERO, pero también lo es que no lo hizo con los setecientos mil pesos correspondientes al cheque cobrado por SANABRIA, sino con un dinero adicional, correspondiente a otra cuenta de cobro y producto de un cheque que el propio MAYORGA

cobró, con lo que el censor no demostró error alguno en la interpretación de la prueba.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Nulidades.

1. Según el impugnante, se vulneró el debido proceso por indebida motivación de la resolución del 10 de agosto de 1994 por medio de la cual se resolvió la situación jurídica y la de fecha 6 de septiembre del mismo año que adicionó la anterior, pues en su sentir, carecen de los requisitos legales, y además aquellas resultan ambiguas en la determinación de los hechos y las pruebas, con lo cual se desconoció el derecho a la defensa.

La violación al debido proceso por defectos de motivación de la resolución que definió la situación jurídica obligaba a la demostración de que se careció de ella, o que la dada fue dilógica o incompleta. El censor en esta oportunidad no acierta en la invocación del vicio de actividad que le acredita al proceso, pues el ente acusador hizo las precisiones fácticas y jurídicas requeridas respecto de las circunstancias que hasta ese momento registraba el expediente, exponiéndose fundamentos coherentes y apoyados en las pruebas recopiladas, de tal manera que lo que realmente resulta ilógico en este caso es precisamente el que el actor no encuentre en las providencias censuradas lo que ellas contienen.

Basta leer el texto de las resoluciones cuestionadas para advertir que no le asiste razón al casacionista, toda vez que lo que emerge de aquellas es que la Fiscalía hizo precisión fáctica, determinó la calificación jurídica provisional, poniendo de presente las penas establecidas en las disposiciones respectivas del Código Penal, pasando a discriminar los elementos probatorios y a hacer las consideraciones penales que aquellas imponían a la situación, de tal manera que se concluyó en la necesidad de imponer medida de aseguramiento por los delitos de falsedad ideológica

en documento público, peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente y celebración indebida de contratos. En consecuencia, sin ningún esfuerzo se establece que la inobservancia de los requisitos atribuida a dichas decisiones no resulta acorde con la realidad procesal.

A juicio de la Sala, en este caso no se está en presencia de irregularidad alguna violatoria del debido proceso, como tampoco se ha quebrantado el derecho a la defensa, pues del contexto de la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado emerge el cumplimiento de los requisitos legales, por lo cual el cargo resulta infundado, debiendo desestimarse.

Agréguese, de otra parte, que las eventuales fallas que pueda presentar la resolución que decreta una medida de aseguramiento no pueden por sí solas, constituir motivo que conduzca a causal de casación, sobre todo por su carácter eminentemente provisional, afirmación que permite concluir en la inocuidad del ataque a tal medida, es decir a la intrascendencia del cargo. Recuérdese que aquello que se afirma en un auto detentivo es una muestra de responsabilidad que no comporta necesariamente una imputación definitiva ni inmutable.

Se desprende de lo anterior, por contera, que hacer cargos a tal resolución, aisladamente observada, hace que el esfuerzo del casacionista carezca de trascendencia pues no se ve cómo ello puede repercutir con importancia en la sentencia.

2. Afirma el actor que se violó el derecho de defensa al no habersele impuesto en la indagatoria los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, pues no se le interrogó por los trabajos de terminación, ampliación y dotación de la escuela Cañuelal. Agrega que tampoco se hizo pronunciamiento sobre ello en la providencia que resolvió la situación jurídica, ni en la resolución de acusación, pues solamente se enunciaron, y en estas condiciones el sindicado no tuvo oportunidad de dar explicación alguna sobre ello durante la instrucción.

En la diligencia de indagatoria y ampliación de la misma, al procesado se le hizo saber de los hechos que echa de menos en el presente cargo, así se puede constatar con una simple ojeada a los folios 21, 87 a 89, 105 a 109, 151, 172, 220, 226, 229 y 404 a 406 del cuaderno original número uno.

En la providencia que resolvió la situación jurídica (F - 210) al efectuarse el análisis probatorio pertinente se hizo expresa referencia al testimonio de ANGEL MARIA SANABRIA HERNANDEZ, quien alude a los hechos relacionados con la obra de la escuela de Cañuelal. Además en las consideraciones del citado proveído se dice que es dable afirmar que la conducta investigada corresponde al tipo penal de peculado por apropiación, y que se vislumbra una posible adecuación al tipo penal de la falsedad ideológica en lo atinente a los documentos medio del ilícito reseñado, delito este último al cual se hizo extensiva la medida de aseguramiento impuesta al procesado en el proveído de fecha septiembre 6 de 1994, mediante el cual se adicionó el que resolvió inicialmente la situación jurídica.

En la resolución de acusación, en el numeral octavo de los hechos (Fls. 245 a 247 del C.O.1), la Fiscalía hace un análisis probatorio sobre la obra de la

escuela Cañuelal, refiriéndose a los testimonios de GABINO ANTONIO MAYORGA ORJUELA y ANGEL MARIA SANABRIA HERNANDEZ, así como a la prueba documental obrante a folios 18 y siguientes, donde aparecen relacionados todos los soportes de las cuentas referidas por los declarantes.

En la diligencia de audiencia pública el Juez del conocimiento interrogó al procesado sobre todos y cada uno de los hechos por los cuales se le acusaba y en forma extensa y detallada le preguntó sobre la construcción de la obra de la escuela Cañuelal (folios 367 a 369 c.o. No 3). El procesado procedió a explicar su comportamiento y a negar la apropiación del dinero.

Para la Sala no admite duda que el procesado ROMERO MORALES conocía los cargos que se le estaban haciendo en relación con la obra de la escuela Cañuelal, pues lo cierto es que tanto él, con experiencia en el ejercicio de la profesión y dominio en el campo penal, como lo demuestra la demanda de casación que personalmente ha presentado en esta ocasión, como su defensor, solicitaron la práctica de pruebas y la ampliación de los testimonios que implicaban al acusado en este hecho, luego no se puede sostener que desconocía la formulación de cargos por las irregularidades en la construcción de esta obra.

Así las cosas, no se observa motivo alguno para dar por vulnerado el debido proceso, el derecho de defensa, o el de contradicción, por lo que no le asiste razón al impugnante en la formulación del cargo.

3. Se solicita la nulidad parcial de la actuación a partir del cierre de la investigación, para que se practique una inspección judicial y un avalúo pericial en la escuela Cañuelal, por cuanto se negó su práctica y en sentir del censor, estas pruebas solicitadas son “indispensables para resolver las dudas planteadas, sobre el monto de la

inversión realizada en la obra”.

La no incorporación de una prueba no es fundamento suficiente, por sí solo, para configurar un motivo de nulidad por violación del derecho de defensa o por quebrantamiento del debido proceso, menos cuando como en el presente caso no se reclamó dentro de la oportunidad procesal con los instrumentos jurídicos que el legislador tiene establecidos para ello, y además se dejó sin determinar la incidencia de ello en la decisión del juzgador.

Los funcionarios judiciales no pueden estar obligados a practicar pruebas que no tienen relación directa con el hecho determinante del delito investigado o juzgado, como ocurrió en el sub judice, pues aquellos en su momento sostuvieron que lo importante no era constatar la construcción de la obra, porque lo fundamental era la apropiación ilícita de una suma de dinero en efectivo, apoderamiento que estaba demostrado testimonial y documentalmente. De esta manera, la denegación de la prueba por inconducencia deja incólumes las garantías de los sujetos procesales, máxime si se contó con abundante prueba que daba certeza respecto del objeto materia de investigación, conforme con los señalamientos del artículo 334 del C.P.P.

El demandante pretende fundar su aspiración en la cita que hace del Tribunal en cuanto a que se dijo que no se había demostrado la existencia de la obra de la escuela. Esta referencia a pesar de ser cierta no le da la razón al peticionario, no sólo por lo que se ha venido diciendo, sino porque esa afirmación no incidió en la imputación del peculado. Así se debe entender el fallo de segunda instancia, en virtud del principio de la unidad jurídica, pues no modificó lo señalado por el de primera instancia y allí se sostuvo que aparecía GENARO MORALES recibiendo dos veces el dinero para la

compra de los materiales de la escuela Cañuelal, de los cuales quedaron con soporte contable los \$693.773 que cobró GABINO ANTONIO MAYORGA ARJUELA y a su vez quedaron sin respaldo los \$700.000 de la cuenta con ANGEL MARIA SANABRIA HERNANDEZ, sobre los cuales se imputa el peculado.

Se concluye que no existe motivo de nulidad, por lo que el cargo no prospera.

Violación directa de la ley sustancial.

1. En el cargo cuarto, se indica por el impugnante que existió aplicación indebida del artículo 133 del decreto 100 de 1980 y falta de aplicación del inciso segundo del artículo 19 de la ley 190 de 1995, que modificó aquella disposición, con lo que se inaplicó el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 6º del Código Penal.

2. La ley penal sustancial o procesal penal de efectos sustanciales, si es permisiva, aún cuando sea posterior, en el evento de sucesión de leyes en el tiempo, se aplica de preferencia a la desfavorable y tiene, por lo tanto, efecto retroactivo o ultraactivo. La aplicación de este principio obliga a realizar en cada caso en concreto una confrontación entre la disposición vigente al momento de la comisión del hecho y las dictadas con posterioridad, para poder determinar cuáles resultan más beneficiosas al sindicado o condenado y adoptar las decisiones que legalmente correspondan.

3. Viniendo a la situación a que se refiere la censura, tenemos que por ser la disposición vigente a la fecha de la comisión del reato, en la resolución de acusación, en la sentencia de primera y segunda instancia se le atribuyó al procesado

el tipo penal previsto en el inciso segundo del artículo 133 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2 de la ley 43 de 1982, disposiciones que establecían una pena de 4 a 15 años de prisión, multa de veinte mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años, cuando el objeto material de la conducta pasara de quinientos mil pesos.

4. El artículo 19 de la ley 190 de 1995 modificó la legislación penal referida en el párrafo anterior, estableciendo una pena principal de 6 a 15 años de prisión, pero en el inciso segundo disminuyó aquella considerablemente, de la mitad a las tres cuartas partes, si el valor de lo apropiado no supera los cincuenta salarios mínimos legales, quedando en este caso en cuanto a la sanción un límite mínimo de 18 y máximo de 90 meses de prisión.

5. Como puede observarse con la simple comparación de las dos disposiciones en mención, la pena principal conforme a la norma vigente para la época de los hechos, el art. 133 del C.P., resulta más gravosa para el procesado, dado que el peculado atribuido al procesado es inferior a 50 salarios mínimos de entonces (\$4.935.000), motivo por el cual aquella disposición no tiene aplicabilidad en el sub judice, por cuanto que en gracia al principio de favorabilidad, procede la aplicación retroactiva del artículo 19 de la ley 190 de 1995.

6. El Tribunal en la sentencia recurrida no acepta el planteamiento de la defensa que ahora es motivo de casación, y sobre el particular se pronuncia así:

“(…).Discrepa la Sala de esta apreciación por cuanto el juzgado no tuvo en cuenta en la tasación, la modificación del punible establecida en el art. 19 de la ley en cita, por no ser aplicable, como quiera que el hecho se produjo en 1994. Esto es, que le es aplicable la pena impuesta en el art. 133 C.P. modificado por la ley 43 de 1982 pues en su art. 2°

establece que cuando el valor de lo apropiado supere los quinientos mil pesos, la pena será de cuatro a quince años de prisión y fue de ese mínimo legal que partió el a-quo”.

7. Acorde con lo que se ha señalado, en este caso la Sala encuentra que le asiste razón al demandante y al Ministerio Público, por lo que se casará parcialmente la sentencia, en relación con la dosificación punitiva respecto del cargo de peculado por apropiación, y para tal efecto se dará aplicación a la norma más favorable a los intereses del procesado, esto es, al inciso segundo del artículo 19 de la Ley 190 de 1995 que modificó el artículo 133 del Código Penal.

El cargo prospera.

Violación indirecta de la ley sustancial.

1. Con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, el demandante acusó el fallo del Tribunal de haber desconocido indirectamente la ley sustancial, en los cargos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, por lo que se procede a hacer un análisis en conjunto respecto a los yerros que resultan comunes a aquellos, e individualizándose los aspectos que sean necesarios para decidir el reproche.

2. Para que la Corte estudie de fondo las acusaciones que se hacen sobre la legalidad de la sentencia recurrida es menester que la demanda haya observado los requisitos formales que se establecen en el artículo 225 del C.P.P., relativos a la selección adecuada de la causal, su desarrollo, la demostración de los cargos y la petición que debe corresponder con lógica a los principios que gobiernan el recurso extraordinario de casación, como los de autonomía, limitación, no contradicción y razón suficiente, entre otros.

3. Al desarrollarse el cargo quinto, séptimo y

octavo, con los que se acusa al Tribunal de haber incurrido en falso juicio de identidad, con las alegaciones que se presentan, lo único que se evidencia es que el censor no comparte el criterio del fallador, situación explicable y razonable, pero que no constituye una falla demandable en casación, ni con ello se demuestra el error que haga considerar ilegal la decisión, como lo ha pretendido en este caso el recurrente.

3.1. Los testimonios a que se refiere la demanda como erróneamente interpretados con respecto a la utilización del vehículo para el desplazamiento a Maicao y los fines del viaje fueron apreciados por el fallador en su real sentido, lo mismo ha de decirse de la prueba documental, de la que se colige la autoría y responsabilidad del procesado por el peculado de uso, razón por la cual no existió desacierto alguno en la confirmación de la sentencia de primera instancia en este punto.

3.2. La declaración de JAIRO CHAVEZ y la Tesorera del Municipio, así como los documentos que certificaron las cuentas a nombre de IGNACIO LESMES no podían ser apreciadas de manera diferente, pues se demostró que el pago se realizó a CHAVEZ y a su vez que tales dineros no se invirtieron en el acueducto municipal, se usaron para otros pagos, como el valor de la tarima para las fiestas del pueblo, de donde resulta que lo que importaba para la imputación jurídica era el cobro a través de documentos que no revelaban la verdad histórica del hecho.

3.3. El casacionista ni siquiera intentó destruir la presunción de acierto y legalidad del fallo de segunda instancia a través de un error in procedendo o in iudicando, se quedó en elementales comentarios, raciocinios que por su informalidad son propios de las alegaciones que se hacen en las instancias y que por ende no son acordes con la naturaleza y alcance del motivo aducido en sede de casación.

4. El propósito de quien acude a este extraordinario recurso no puede ser otro que demostrar la existencia de un error de juicio o de actividad que por su trascendencia vicia de ilegalidad el fallo, defecto del que adolece el falso juicio de existencia imputado en los cargos quinto, sexto, séptimo y octavo, y el falso juicio de identidad formulado en los cargos octavo y noveno.

4.1. Para la Sala es claro que la costumbre no puede tornar en lícito los comportamientos penalmente prohibidos. Frente al uso indebido que se le dio al vehículo lo que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta para la imputación del hecho fue la existencia de un comodato suscrito con la Gobernación de Cundinamarca, que para nada incluía la utilización del automotor en la forma en que lo hizo el ex funcionario. De ahí que el cargo por haberse omitido la consideración de las declaraciones de RICARDO ALBERTO MORENO QUEVEDO, RAFAEL ALFONSO ROMERO ROMERO, CARMEN JULIA ACUÑA REY y LUIS ENRIQUE LADINO MORENO, carece de importancia, pues con ellos no se demuestra que el uso del vehículo que dio origen a la investigación penal fuese debido.

4.2. Es evidente que ninguno de los testimonios que el actor cita como supuestamente ignorados, en relación con los trabajos del Acueducto Municipal facturados a nombre de IGNACIO LESMEZ MENDEZ y pagados a JAIRO ALBERTO CHAVEZ, desvirtúa la responsabilidad de ROMERO MORALES, en cuanto a la falsedad ideológica en documento público, razón por la cual no fueron mencionados en las consideraciones del Tribunal.

4.3. LUIS ENRIQUE LADINO QUEVEDO y ANA LUCIA QUEVEDO CASTRO dan testimonio de que la obra de la escuela Cañuelal se realizó y que transportaron materiales con ese fin, pero no hacen ningún aporte en relación con los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, cometidos al emitirse un cheque por valor superior a la mano de obra, cuenta de la

que un saldo de setecientos mil pesos no se utilizó para la compra de materiales, como se pretende hacer creer, pues éstos se adquirieron a través de facturación y dineros diferentes.

. 4.4. El casacionista no demostró la trascendencia de la censura, pues se abstuvo de señalar de qué manera los cargos incidieron en el fallo recurrido, con lo cual la formulación del reparo resulta incompleta. Pero además, la inocuidad de aquella se pone de presente con el ataque parcial a los medios de prueba, dejándose de hacer un análisis globalizado de la prueba.

4.5. El error adquiere importancia para los efectos del recurso de casación, sólo cuando el elemento de convicción sobre el cual recae aquél tiene capacidad para modificar la decisión impugnada, lo que no se demostró en ninguno de los reparos aludidos en este acápite.

5. En el cargo noveno se hace notoria la inconsistencia del ataque, pues al identificar la prueba señala la declaración de GABINO ANTONIO MAYORGA, pregonando respecto de ella en un mismo cargo como motivos de inconformidad el falso juicio de legalidad y el falso juicio de identidad, con lo que el libelista incurre gravemente en error de técnica y de lógica, al contravenir el principio de no contradicción, ya que por su naturaleza ellos son excluyentes, razón que por sí sola es suficiente para el rechazo del reproche, pues tales aspectos han debido tratarse separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria, como lo dispone el inciso segundo del numeral 4º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

6. Con base en la declaración de RAMIRO ANTONIO SANABRIA

ACOSTA se ataca la sentencia de segunda instancia por falso juicio de legalidad, existencia y de identidad en el cargo sexto, y falso juicio de identidad en el cargo octavo.

6.1 El censor incurre en el cargo sexto en errores de técnica protuberantes, los que destruyen la censura, pues plantea simultáneamente con base en el testimonio en mención, que el sentenciador incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad y en un error de hecho por falso juicio de existencia, cayendo en una evidente e insalvable contradicción que anula la propuesta, puesto que los yerros imputados se excluyen mutuamente, en la medida en que con el error de derecho se niega la validez de la prueba, la que tiene que reconocerse en los errores de hecho.

Al margen de lo anterior, es oportuno advertir que el proceso se inició por denuncia presentada ante la División de Investigaciones Fiscales y Policía Judicial de la Contraloría de Cundinamarca, dependencia que ordenó adelantar preliminares, recibiendo varios testimonios, entre ellos el de SANABRIA ACOSTA, diligencia que cumplió con las formalidades señaladas en el Código de Procedimiento Penal para su práctica, se recibió el juramento de rigor, se le hicieron las advertencias del caso y luego fueron remitidas a la Fiscalía, entidad que las incorporó al proceso penal, donde luego fueron conocidas y controvertidas por los sujetos procesales.

Es equivocado creer que el debido proceso o el derecho a la defensa resultan menguados porque se ha considerado en la sentencia una prueba que se practicó en la etapa preliminar por funcionarios de policía judicial, pues con ello se ignora la forma como está concebido el proceso penal en nuestro medio, esto es, que en las fases de investigación previa, sumarial, o de juzgamiento, existe la posibilidad de evacuar las pruebas que se consideren necesarias, a petición de parte o de oficio, por el funcionario

respectivo, a quien solamente lo limitan la legalidad del acto, la conducencia y pertinencia de los medios de convicción.

De otra parte, el Tribunal para fundamentar la responsabilidad del procesado en el delito de falsedad no tomó como única prueba la declaración inicial vertida por SANABRIA. También acudió a otros medios que la demostraban, como la orden de trabajo y la cuenta de cobro, en las cuales se consignaban hechos contrarios a la realidad, determinando la comisión del delito de falsedad en documento público. Ello demuestra que la fundamentación del recurrente corresponde a una apreciación subjetiva que quiere dejar de lado el caudal probatorio allegado al expediente y que trae como consecuencia que el reproche resulte inane, crítica ésta que ya se había puesto de presente en acápite anterior.

El Tribunal destacó en la providencia las pruebas demostrativas del hecho imputado, entre ellas la declaración de RAMIRO SANABRIA, resultando incuestionable que su testimonio fue apreciado en su real contenido por el fallador, sin tergiversación de ninguna especie, pues lo que allí se afirma es que se canceló una suma de dinero en apariencia por una obra realizada en favor del municipio y con ese dinero se cancelaron otras obligaciones que no tenían que ver con la adecuación del terreno para la escuela de La Palma. Tal declaración fue corroborada por la Secretaria de la Alcaldía, quien recibió el dinero de manos de aquél y es testigo excepcional del destino que se le dio al mismo.

6.2. Para la Sala es claro que el error de identidad que se hace en el cargo octavo de la demanda, no se ciñó a las reglas que gobiernan el recurso extraordinario de casación, porque no se abordó la demostración del reparo, los cuestionamientos resultan inocuos, observándose como pretensión del actor el que su juicio

sea prevalente al del fallador.

Se llegó a plantear en el mismo reparo a la Corporación que se absuelva al procesado por “ausencia de delito”, petición que se quiso explicar también con la ausencia de daño al bien jurídico tutelado, entrando a reclamar luego la declaración de inocencia con base en la “duda” y en la “favorabilidad”, con lo que se faltó a la claridad y a la lógica que se exige en casación, lo que lleva necesariamente al fracaso de la censura.

Dosificación de la pena.

Como consecuencia de la prosperidad del cargo cuarto de la demanda, compete a la Sala entrar a modificar la dosificación punitiva realizada por el Tribunal, así:

Al procesado se le condenó por el delito de peculado por apropiación, debiéndosele aplicar por favorabilidad el inciso segundo del artículo 19 de la ley 190 de 1995, cuya pena oscila entre un mínimo de dieciocho (18) y un máximo de noventa (90) meses de prisión. Criterio este que la Sala ha venido aplicando en situaciones semejantes a las del sub judice¹.

La condena también se profirió por el delito de falsedad ideológica en documento público (art. 219 del C.P.) respecto de los hechos referidos en el capítulo de los vistos y hechos de esta providencia, delito que tiene señalada una pena de prisión de tres (3) a diez (10) años.

El artículo 26 del Código Penal dispone que en casos de concurso de infracciones penales el proceso de dosificación “quedará sometido a la

pena que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto”.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible partir de la pena mínima señalada en el inciso segundo del artículo 19 de la ley 190 de 1995 como lo solicita el Ministerio público, pues de conformidad con el artículo 26 del Código Penal, el delito más grave viene a ser el de falsedad en documento público, y como no se puede aumentar el mínimo de la pena determinado en el fallo, de ahí que atendiendo esta limitante, se parte de tres (3) años por el delito de falsedad, que por tratarse de tres se eleva en dieciséis (16) meses por las otras dos falsedades, aumentados en doce (12) meses más por el punible de peculado por apropiación y seis (6) meses más por el peculado por uso, para un total de setenta (70) meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, en lugar de los setenta y cuatro meses fijados por el Tribunal. En tal sentido se modificará la sentencia recurrida.

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

RESUELVE

Primero: Casar parcialmente la sentencia recurrida.

Segundo: Modificar la pena de setenta y cuatro meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, impuesta en la sentencia recurrida, para en su lugar, fijar al procesado ANGEL MARIA ROMERO MORALES la pena de prisión en setenta (70) meses y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Tercero: En lo demás la sentencia recurrida conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen,

Cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

YESID RAMIREZ BASTIDAS

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

1 Cfr. C.S.J. Sala Penal. Mag. Pon. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto de febrero 24 de 1999.
Radicado 14841.