

LEGALIDAD DE LA PENA/ PRESCRIPCION/ PECULADO CULPOSO

La imposición de la única pena válida prevista por el legislador para un determinado delito jamás podría entenderse contraria al artículo 31 constitucional, sino precisamente con éste coherente, pues integrado este precepto con los artículos 29 y 230 de la Carta Política, con el primero se entenderá que en un estado de derecho no es posible aplicar sino la ley penal previa al momento de la comisión del hecho, bajo la condición de ser favorable al procesado, no aquella que invente o modifique el juez a su talante, porque en el último de los preceptos que se evoca existe un presupuesto inmodificable, y es el del sometimiento del funcionario al exclusivo imperio de la ley.

Como lo tiene reiterado por mayoría la doctrina de esta Sala de la Corte,

“...el término de prescripción de la acción penal por el delito de peculado culposos imputado es de seis (6) años ocho (8) meses contados desde el día de la consumación. Como dicho término se interrumpió con la ejecutoria de la resolución de acusación... a partir de esa fecha empezó a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad, pero nunca inferior al mínimo previsto legalmente, que como ya se dijo, en este caso, por ser un delito cometido dentro del país por empleado oficial, es de seis (6) años y ocho (8) meses.

“...El término que se cuenta del momento de la consumación del delito hasta la ejecutoria de la resolución es completamente independiente del que se contabiliza de ahí en adelante, de manera que es un error creer que el incremento previsto en el artículo 82 se está aplicando dos veces. El asunto es muy sencillo: por mandato legal, el término mínimo de prescripción para casos como el que ocupa la atención de la Sala es de seis (6) años ocho (8) meses, bien sea para la etapa que comprende del momento de la consumación a la ejecutoria de la resolución de acusación; o de ese momento hasta la ejecutoria de la sentencia.”(cfr.auto de diciembre 6 de 1995, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Proceso No. 9236

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente DR:

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta No.92 (agosto 5/97)

Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

V I S T O S:

Los procesados JOSE ANTONIO PRIMERA CARO y LUIS EDUARDO MENDOZA DE LA ESPRIELLA, a través de apoderado, interpusieron el recurso de casación en contra del fallo del Tribunal Superior de Montería, mediante el cual esa superioridad revocó la absolución que en su favor y de MANUEL JIMENEZ TORRES, había proferido el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad por el delito de peculado por apropiación, ratificó la condena de ELIECER BARRERA y ALFREDO PETRO por el delito de peculado culposo, y la de ALFONSO FIGUEROA por el delito de encubrimiento, concediendo a todos el subrogado de la condena condicional.

H E C H O S Y A C T U A C I O N P R O C E S A L:

1.- Atendiendo informes de Luis Armando Cabrales, el señor Personero Municipal de la ciudad de Montería denunció que luego de emitirse el cheque número 8454434 del Banco Popular del 25 de mayo de 1987 por la suma de

Tres millones seiscientos doce mil pesos (\$3'612.000.00) con destino a la Administración de Impuestos Nacionales, recogiendo la tasa del impuesto predial correspondiente a varios meses de los años de 1984, 86 y 87, y al que correspondían las órdenes de pago 19654 y 19655 de mayo 21 de 1987 por \$1'764.000.00 y \$1'848.000.00, expedidas por el Tesorero General del Municipio de San Jerónimo de Montería, dicho instrumento resultó adulterado para favorecer a "Radmon Haarman Camargo" y cobrado mediante depósito en la cuenta corriente No. 438-04134.5 del Banco de Bogotá de Montería, cuyo titular era el particular Alfonso Angel Figueroa Paternina.

2.- Las diligencias preliminares las avocó el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal radicado en Montería el 8 de julio de 1987, y el día 21 del mismo mes y año dispuso la apertura de la investigación, vinculando mediante diligencia de indagatoria a JORGE BARRERA GUTIERREZ (Tesorero Municipal), LUIS MENDOZA DE LA ESPRIELLA (Pagador de la Tesorería), LUIS A. PETRO RAMOS (Contralor) y MIGUEL PUCHE YAÑEZ (Alcalde), contra quienes profirió medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de falsedad material e ideológica en documento público, en concurso con el delito de peculado por apropiación. Los otros indagados: ALFONSO FIGUEROA PATERNINA y LUIS RIVERA RIOS fueron igualmente cobijados con similar medida en condición de cómplices.

La vinculación al proceso de JOSE ANTONIO PRIMERA CARO se hizo a través de declaratoria de persona ausente. Luego del cierre de la investigación, el 11 de noviembre de 1987 se profirió la primera calificación con auto de reapertura por el término de sesenta días, y en ella se decretó la detención preventiva de PRIMERA CARO por el delito de peculado por apropiación.

El 23 de diciembre de 1988, el Juzgado 19 de Instrucción calificó por segunda vez el mérito sumarial con resolución de acusación por los delitos

de peculado y falsedad en documento público, decisión que sometida a apelación ante el Tribunal Superior de Montería que remató en cesación de procedimiento para JORGE GARCIA, LIBARDO RIVERA y FRANCISCO PUCHE, acusación por el delito de peculado culposo en contra de ELIECER BARRERA y ALFREDO PETRO, acusación por peculado por apropiación en contra de LUIS EDUARDO MENDOZA DE LA ESPRIELLA y MANUEL JIMENEZ TORRES en calidad de autores, y de JOSE PRIMERA CARO como cómplice, y enjuiciamiento para ALFONSO FIGUEROA por el delito de encubrimiento por receptación, prosiguiendo la instrucción por el cargo de falsedad, según providencia de febrero 3 de 1992.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito avocó el 2 de marzo de 1992 el conocimiento del asunto, profiriendo a la finalización de la etapa del juicio fallo absolutorio para MENDOZA, JIMENEZ , PRIMERA y PATERNINA, condena por peculado culposo a BARRERA y a PETRO a quienes impuso seis meses de prisión. Apelada esta determinación, el Tribunal Superior de Montería la revocó parcialmente para confirmar las condenas por peculado culposo pero aclarando que la sanción sería de arresto y no de prisión, condenar a LUIS EDUARDO MENDOZA y MANUEL RAMON JIMENEZ como autores del delito de peculado por apropiación a dos (2) años de prisión y multa de un mil pesos (\$1.000,00) e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un (1) año, condenando a PRIMERA CARO como cómplice de peculado por apropiación a un (1) año de prisión, un mil (\$1.000,00) pesos de multa e interdicción y a FIGUEROA PATERNINA por el delito de receptación, imponiéndole seis (6) meses de prisión, multa e interdicción. Todos los condenados fueron obligados a resarcir, pero favorecidos con la condena de ejecución condicional.

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

En la demanda a nombre de JOSE ANTONIO PRIMERA CARO, invoca el censor la nulidad prevista en la causal tercera de casación artículo 220 del

Código de Procedimiento Penal, aseverando que la sentencia impugnada incurrió en error de selección del tipo penal al momento de hacer la calificación jurídica de la infracción.

Sin entrar a refutar los hechos ni las pruebas consignadas en el fallo, sostiene que deben tenerse en cuenta los términos allí utilizados, como cuando dice que: "... Todas las circunstancias señaladas anteriormente y la forma como Jiménez Torres le hizo entrega del dinero a PRIMERA CARO...", éste no podía ignorar que la suma recibida provenía del cheque materia de investigación, de modo que si inicialmente no intervino en el plan, por lo menos debió denunciar los hechos de los cuales obtuvo información, en lugar de aceptar a cambio de su silencio la mencionada suma, para entrar a formar parte de los favorecidos con los dineros provenientes del fisco municipal.

Agrega la providencia que para entonces PRIMERA CARO ya no tenía las calidades de empleado público, pero a cambio de una fuerte suma de dinero había recibido el encargo de obtener la destrucción de los documentos incriminatorios del hecho, los cuales se hallaban en poder de un periodista.

De estos planteamientos se deduce que el acusado inicialmente no intervino en el plan de defraudación del fisco, ni tuvo conocimiento previo del asunto, luego mal podría ser llamado a responder a título de colaborador del mismo, por cuanto el artículo 24 del Código Penal exige el acuerdo previo -la promesa anterior-, siendo indiferente para el proceso de adecuación la actividad subsiguiente relacionada con el rescate o destrucción de los documentos incriminadores. Lo que debió tenerse en cuenta, era que el acusado desconocía que el hecho defraudador iba a tener ocurrencia.

El recibo del dinero producto del ilícito, adecúa la conducta al tipo penal de receptación previsto en el artículo 177 ibídem, pero

en ningún caso a aquél por el cual resultara condenado. El error del Tribunal constituye una irregularidad sustancial y trascendente que afecta el debido proceso, por lo que la Corte debe decretar en favor de JOSE A. PRIMERA la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación, reconociendo como normas infringidas los artículos 21, 24, 133, 177 del Código Penal; 304 y 442 del Código de Procedimiento Penal.

El representante judicial de LUIS MENDOZA DE LA ESPRIELLA por su parte, acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, artículo 220.1 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que debido a una equivocada apreciación de las pruebas, el Tribunal sostuvo que en contra de MENDOZA DE LA ESPRIELLA: "... gravita el cargo de haber confirmado el cheque objeto del ilícito...", cuando este acusado no tuvo el título valor a la vista antes de que fuera abonado su valor por el banco, y apenas se limitó con posterioridad a ese hecho, a hacer de manera mecánica el reconocimiento de los números de los cheques que aparecían en un listado general como cancelados o pagados.

Tal actividad no puede ser constitutiva de responsabilidad penal por carecer de punibilidad, tipicidad y antijuridicidad, citando como normas infringidas los artículos 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal y 2o. y 5o. del Código Penal; para solicitar se case la sentencia y en su lugar se absuelva al procesado MENDOZA DE LA ESPRIELLA.

C O N C E P T O D E L M I N I S T E R I O P U B L I C O:

Dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal al referirse a la demanda presentada a nombre de JOSE ANTONIO PRIMERA CARO que aunque hubiera podido ser más asertiva, permite deducir que apunta a la

declaratoria de nulidad, porque en la resolución de acusación se incurrió en error respecto de la calificación jurídica, ya que la conducta se subsumió en el tipo penal del peculado por apropiación, cuando debió hacerse por receptación.

En respuesta a este planteamiento, hace la Delegada un recuento de la actuación a partir de la denuncia, reseñando la manera voluntaria como el procesado señor PRIMERA se presentó ante el investigador enterando las actuaciones desplegadas, esto es, de qué manera el Tesorero exhibiendo la cuenta de cobro lo había presionado para que emitiera el cheque materia del delito a nombre de ADMON, invocando su inexperiencia en el ejercicio del cargo que venía ocupando desde hacía apenas tres meses, e igualmente, que el mismo día de la elaboración del título valor (25 de mayo de 1987), fue declarado insubsistente.

De acuerdo a su relato, solo con posterioridad al hecho investigado llegó a deducir que algo malo podía haber ocurrido en relación con el cheque, al recordar una advertencia que en ese sentido le habían formulado. Fue entonces cuando recibió los seiscientos mil pesos de su ex-compañero de labores (el “monito Jiménez”), pensando que era a título de indemnización por el despido de que había sido objeto, mas no como pago proveniente de los fondos del municipio de Montería.

De la narración del acusado, a la cual en las instancias se le dio credibilidad, para la Delegada surge nítidamente que PRIMERA CARO no participó en la emisión irregular del título valor objeto del comportamiento ilícito, o que su voluntad fuera la de participar en el mismo. El conocimiento que tuvo fue con posterioridad, así como la aceptación del dinero con el fin de que guardara silencio.

En tales condiciones, añade, debe descartarse

cualquier participación del acusado en el delito de peculado por apropiación a título de autor o cómplice, pues su conducta, evidentemente importante -que no necesaria- para la comisión del mencionado delito, no se produjo en obediencia a un acuerdo previo de voluntades dirigidas a la obtención del común ilícito.

Lo acotado, continúa, tiene comprobación en otros medios de prueba como las indagatorias de algunos de los acusados, quienes expusieron que el cheque efectivamente girado a nombre de ADMON hizo tránsito por las diversas oficinas de control (Tesorería, Contraloría, Alcaldía), sin que pueda aseverarse que el ahora recurrente, desde el inicio falseó el nombre del beneficiario para asegurar la ilícita apropiación de dineros, que en alguna forma interviniera en la tramitación, o que eludiera el control para garantizar la entrega del documento a quien finalmente lo hizo efectivo.

Así mismo, aunque era la obligación del pagador hacer entrega del documento al beneficiario, no existe en el proceso prueba que acredite que PRIMERA CARO fue quien lo transfirió materialmente a un tercero para que este lo presentara para su cobro. En primer término, porque no se llevaba un control sobre las entregas, y por cuanto ese mismo día ocurrió el fulminante despido del inculcado antes de que concluyera la jornada laboral.

Observa que en la declaración de Luis Armando Cabrales Solano ante el funcionario de instrucción, dijo haberse enterado de las irregularidades a través del sindicato PRIMERA CARO, quien le aseveró que el dinero lo recibió por su silencio; y según lo afirmado por Rosalbina Puche de González, se deduce la forma en que se escribió el nombre del beneficiario del cheque, lo cual revestía especial interés para el Tesorero BARRERA. Por su parte, el inculcado en su indagatoria sostuvo lo anteriormente señalado, negando cualquier participación en la conducta propia del peculado que sirviera de sustento a la sentencia ahora impugnada.

Se refiere luego la Delegada a la providencia calificatoria de la cual hace la pertinente transcripción, para concluir que la complicidad se derivó con base en lo siguiente: haber recibido PRIMERA CARO los seiscientos mil pesos, como si el conocimiento exigido en el tipo penal estuviera referido al objeto material, y no a una determinada contribución a la realización del hecho punible, o la ayuda posterior al mismo y en cumplimiento de promesa anterior. Además, ya que en vez de recibir el dinero, debió informar de inmediato a las autoridades sobre el ilícito del cual se había enterado, cuyo precio correspondía al pago por su silencio y para cumplir el encargo de ofrecer al periodista Pérez Alvarez, la suma de un millón de pesos a cambio de unos documentos que se encontraban en su poder.

Se dice en la providencia calificatoria que la complicidad del mencionado se deriva de haber recibido dinero cuando ya no era empleado oficial, lo cual constituye una equivocada comprensión del problema jurídico debatido en las instancias; pero hipotéticamente hablando, si se hubiera dado la mencionada contribución, ésta no podía predicarse con posterioridad a la separación del cargo, sino en estrecha relación con el mismo -la emisión del cheque-, y mientras aún se desempeñaba como pagador municipal.

A la Delegada le causa sorpresa lo afirmado por el funcionario instructor, pero todavía más, que el Tribunal al desatar la alzada, reitere equivocadamente la participación del inculpado a título de cómplice, pese al reconocimiento expreso de las circunstancias fácticas, las cuales indican la comisión de un delito diferente.

Recuerda que el Juzgador de primera instancia tuvo en cuenta lo señalado en precedencia, cuando mencionó que no estaba demostrada la actuación de PRIMERA CARO respecto del cheque, cuestionando cómo podría endilgársele res-ponsabilidad en calidad de cómplice, siendo que en esas condi-

ciones podría experimentar el temor de verse afectado con una denuncia, cuando fue él quien justamente se encargó de divulgar el hecho a su jefe político, y éste último al personero.

Si bien se le reprocha haber recibido la suma de seiscientos mil pesos de manos de JIMENEZ TORRES, ello tampoco lo ocultó. Entonces se pregunta si contribuiría a la realización del delito o si prestó ayuda posterior. Si cumplió quizás promesa anterior; respondiéndose de manera negativa.

El Tribunal, añade la Delegada, revocó la decisión del Juzgado sin alguna adición sustancial a lo señalado en la providencia calificatoria del sumario:

“pero ocupándose del análisis probatorio tan vagamente como pudo, escribió sin embargo el alcance de su convencimiento de que PRIMERA CARO no fue cómplice del delito porque ninguna contribución prestó a él, pese a lo cual dictó la sentencia condenatoria en los términos ya conocidos.

En la sentencia impugnada, entonces, se sentaron las bases de la deducción de responsabilidad. Allí, se fundamentó el Tribunal en la declaración jurada de PRIMERA CARO a la que otorgó credibilidad y de ella dedujo que el procesado efectivamente participó en la elaboración del cheque a instancias de su superior Barrera Gutiérrez, que luego recibió los tantas veces mencionados seiscientos mil pesos, que el acusado necesariamente debería tener conocimiento de que tal dinero provenía de la ilícita apropiación (peculado) que la mencionada suma era a cambio del silencio que debería guardar sobre el delito descubierto, que ha debido denunciar el asunto a las autoridades competentes y que el inculcado recibió la remuneración cuando ya no era empleado oficial.”

Lo expuesto, realmente demuestra que PRIMERA CARO no

fue totalmente ajeno a una infracción a la ley penal, pero sí extraño al plan criminal consistente en la apropiación de los dineros del Municipio, a tal punto que el sentenciador dejó de brindar argumento alguno o de citar prueba de cualquier especie que sirviera para indicar que el inculcado contribuyó a la comisión de la ilícita apropiación. De la revisión de las actas procesales se desprende que el mencionado no participó en el diseño o ejecución del plan criminal, y solo después de haber sido retirado del cargo de pagador fue cuando advirtió que había sido utilizado para la defraudación.

En esas condiciones, en sentir de la Delegada no puede encuadrarse la conducta dentro del concepto de acción para efectos penales, en tanto que el acusado carecía del conocimiento y por ello de voluntad para actuar. No sabiendo el acusado que el título valor estaba destinado al cobro por particulares, mal podría querer el resultado lesivo de la administración pública, luego su intervención en el proceso no puede asumirse como colaboración del hecho punible.

Por lo anterior, y al haber sido erradamente calificada la conducta considera que el cargo debe prosperar, lo cual implica la ruptura parcial del fallo impugnado a partir de la resolución de acusación.

Respecto de la demanda presentada a nombre de MENDOZA DE LA ESPRIELLA, dice el Procurador que su presentación fue defectuosa, a tal punto que el libelista se limitó a exponer una sola situación probatoria, la misma que señaló el sentenciador en el acápite dedicado a la responsabilidad del mencionado acusado. Pero esa censura resulta incompleta, pues alega la equivocada interpretación de la prueba relativa a la “confirmación del cheque” materia del proceso, pero no indica en qué forma el sentenciador llegó a tergiversar el contenido de una determinada prueba que, además, omitió señalar.

Consultada la sentencia observa que la base de la decisión

de condena en contra de MENDOZA DE LA ESPRIELLA no fue únicamente el hecho de confirmar el cheque el día 27 de mayo, pues también tomó en cuenta otros elementos para deducir su responsabilidad, respecto de los cuales el libelista calla.

En apartes de la sentencia se dice que en el despido de PRIMERA CARO intervino MENDOZA DE LA ESPRIELLA mediante intrigas, y que después, en compañía de JIMENEZ TORRES y con el fin de que no revelara el ilícito, optaron por comprar su silencio entregándole la suma de seiscientos mil pesos. Así mismo, telefónicamente amenazó a ALFONSO FIGUEROA PATERNINA en cuya cuenta corriente se consignó el cheque que diera origen al proceso. Por su parte, PRIMERA CARO en su exposición, señaló que MENDOZA DE LA ESPRIELLA le había informado acerca de la distribución del dinero representado en el cheque materia de investigación.

En esas condiciones, el casacionista dejó de atacar otros medios de convicción los cuales quedan incólumes, y por lo tanto impiden la ruptura del fallo. Agrega que desde la misma resolución de acusación se dijo que MENDOZA DE LA ESPRIELLA no solamente intervino confirmando el cheque, sino que su conducta fue muy activa en la defraudación, abarcando aspectos tales como la falsificación del título valor, instigar la declaración de insubsistencia de PRIMERA CARO, participar en la distribución del objeto material del delito, y haber tenido en su poder algunos cheques en blanco que le entregara el tesorero (folio 242 del cuaderno No. 4); por lo cual, la demanda resulta fallida y debe ser desestimada.

La sugerencia de la Delegada se encamina a que la Corte case parcialmente la sentencia materia de impugnación en cuanto se refiere a la situación procesal del acusado JOSE ANTONIO PRIMERA, y declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación proferida en su contra.

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

1o.- En la demanda a nombre de JOSE ANTONIO PRIMERA CARO, acusa el recurrente el fallo por nulidad, en la medida en que la conducta endilgada se subsumió en el tipo penal del Peculado por apropiación en condición de cómplice, siendo que en parte alguna llegó a demostrarse que el acusado tuvo conocimiento previo del ilícito, y mucho menos que con antelación se concertó con los autores del hecho.

La propuesta del censor, previo el análisis de las diferentes actuaciones del proceso es acogida por la Delegada, al estimar que fue este acusado quien con sus informes y declaraciones permitió el inicio de la investigación penal, al narrar la manera como se expidió el millonario cheque con la palabra “ADMON”; que no participó en la entrega o envío de aquél, ya que el mismo día, antes de concluir las labores fue declarado insubsistente, y que si bien recibió la suma de seiscientos mil pesos, ello ocurrió con posterioridad, sin que exista demostración de que hubiera un acuerdo previo; situaciones que cuentan con el suficiente respaldo probatorio.

No puede la Sala menos que compartir los razonamientos hasta aquí expuestos, ya que según surge del informativo, se acredita que el mismo día del despido de PRIMERA CARO, éste concurrió donde su jefe político para enterarle de la situación. Al día siguiente llegó hasta su casa de habitación exponiéndole que el despido podía estar relacionado con la expedición que el día anterior había hecho de un cheque girado a nombre de “ADMON”, y luego regresó notoriamente alterado, pues se había encontrado con un funcionario de la Tesorería Municipal de apellido DE LA ESPRIELLA, quien recordándole sus obligaciones con su esposa e hijos, le había pedido se quedara quieto, agregándole que en el asunto había mucha gente metida, y que más tarde sería indemnizado. (Folios 25 y 26 cuaderno No.2).

Según señaló este deponente, trató de calmar a PRIMERA CARO diciéndole que él se encargaría de indagar lo ocurrido, para lo cual se puso en contacto con uno de los periodistas de la localidad. Una semana antes de que se presentara la denuncia, el acusado había regresado a su casa, esta vez para manifestarle que el “mono Jiménez” quien trabajaba en la Contraloría Municipal le había dicho que lo iban a indemnizar y que debía ofrecerle un millón de pesos al periodista a cambio de los papeles comprometedores que pudiera tener en su poder; y que del nombrado había recibido la suma de seiscientos mil pesos. (Folio 27 ibídem).

El acusado narró en su indagatoria lo anterior en términos parejos, añadiendo a folio 42 del cuaderno No. 4, que los hechos, a instancias del doctor Cabrales, se los había expuesto al periodista Marcos Pérez, quien se encargó de elaborar el escrito que aportó al Juzgado de instrucción al rendir su declaración, lo cual obra a folios 39 al 44 del cuaderno No. 1. Allí se dice que el dinero lo había recibido, procediendo el mismo día a cancelar deudas que había contraído con la Caja Agraria, afirmación que corrobora la entidad crediticia a folio 223 del mismo cuaderno.

En relación con la elaboración del cheque y la hora del despido se tienen las manifestaciones de Rosalbina Puche de González folio 159 cuaderno No.2, y 71 del cuaderno No.4; Libardo Torres folio 145 cuaderno No.3, Martha González y Atilano Pérez Contreras folios 220 y 223 del cuaderno No. 3,

Son igualmente válidas las apreciaciones que la Delegada hace de la providencia mediante la cual el ad-quem confirmó la resolución de acusación en cuanto en ella ya se insinuaba que toda participación del acusado fue posterior a la ocurrencia del delito (folio 65 del cuaderno No. 3):

“a PRIMERA CARO se le utilizó, a manera de expiación, en el asalto que se perpetró a los dineros ya mencionados, toda vez que desvinculándolo de la Administración Municipal, se trataba de hacerlo ver como el responsable directo de toda la actuación que se desplegó para el trámite irregular del cheque de marras, coincidiendo así la fecha de emisión con el despido de PRIMERA CARO como Pagador de la Tesorería Municipal.

En resumen, se reliva del informativo PRIMERA CARO recibió la suma de dinero antes señalada de manos de MANUEL JIMENEZ TORRES, cuando ya no ostentaba la calidad de empleado público, puesto que fue retirado del cargo el 25 de mayo de 1987, y que, además, fue comisionado por el último de los citados para lograr la destrucción de algunos documentos que reposaban en poder del periodista MARCOS PEREZ ALVAREZ, a cambio de algún dinero para este.

Todo lo anterior sin lugar a hesitación alguna, señala a PRIMERA CARO como cómplice del delito de Peculado por apropiación, ya que al momento de su participación en éste actuó como un simple particular...”

Las mencionadas expresiones que de similar manera son repetidas en el fallo impugnado, no permiten deducir como lo aseguran el casacionista y la Delegada, sino que el acusado no pudo intervenir en el predicado delito a título de cómplice, pues en ninguna parte se vislumbra ese acuerdo previo que exige el artículo 24 del Código Penal.

Por el contrario, de lo expuesto surge que una vez consumada la ofensa a la administración, fue cuando PRIMERA CARO tuvo la posibilidad de enterarse de su ocurrencia, por lo que el fallo de segunda instancia afirma (folio 62 cuaderno No.4) que: “no podía ignorar que el estipendio recibido provenía del cheque materia de investigación en este asunto. Y ello se explica por la sencilla razón de

que si inicialmente no intervino en el plan cuyos protagonistas principales eran BARRERA GUTIERREZ y JIMENEZ TORRES, por lo menos debió denunciar ante las autoridades respectivas los hechos de los cuales había recibido información.-
..”.

Claramente el fallador dedujo que la situación era distinta, pero en vez de ordenar la nulidad como correctivo de la equivocada calificación de la conducta, predicó la responsabilidad del implicado a título de cómplice de un delito ya consumado, como si pudiera concebirse una causa posterior a su efecto. Incluso desconoció la realidad fáctica cuando afirmó que era exigible a PRIMERA CARO el que hubiera denunciado la ocurrencia de los hechos a las autoridades, desconociendo que de inmediato había enterado a quien asumió el encargo de divulgarlos, el doctor Luis Armando Cabrales. El acusado recibió el dinero el 24 de junio; Cabrales le comunicó el hecho al Personero una semana después, y éste procedió el 7 de julio de 1987 a formular denuncia, lo que indica que su fuente de conocimiento fue precisamente el enjuiciado, quien fue a ratificar lo sabido ante el funcionario de instrucción, el 13 de julio siguiente (folio 33 cuaderno No. 1).

Proviniendo el dinero de un delito anterior -el peculado-, y recibido y aceptado con ánimo de lucro por parte de JOSE ANTONIO PRIMERA CARO con el propósito de callarlo u ocultar lo que hasta allí sabía, no cabe duda en cuanto la conducta que le sería imputable correspondía al tipo penal del artículo 177 del Código Penal (receptación), no al del artículo 133 (el peculado), vicio que afecta la estructura misma del proceso, en la medida en que impedirá la adopción de una sentencia de absolución o de condena, y por lo mismo obliga su corrección por parte de la Sala, acorde con la propuesta común del casacionista y del Ministerio Público, decretando la nulidad parcial de lo actuado a partir de la resolución de acusación.

Consecuente con la decisión a tomar, debe igualmente tenerse en cuenta que como quiera que los hechos tuvieron ocurrencia en el mes de junio de 1987, el tiempo transcurrido desde ese momento hasta el presente resulta superior al previsto en el artículo 80 del Código Penal sobre prescripción de la acción penal, lo que conlleva a decretar, en consecuencia la cesación de procedimiento.

2o.- En la demanda presentada a nombre de LUIS MENDOZA DE LA ESPRIELLA se acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, debido a un falso juicio de identidad que se dice radicado en una equivocada apreciación de las pruebas; porque el juzgador le endilgó responsabilidad al acusado a título de autor del delito de peculado por apropiación, por el solo hecho de confirmar mecánicamente ante el Banco librado, el cheque objeto del ilícito, pese a que ni siquiera tuvo en sus manos el referido instrumento.

Esa actitud, de ninguna manera comporta responsabilidad penal, pues no puede enmarcarse en un tipo penal, y tampoco es antijurídica, ignorándose por el sentenciador las disposiciones consagradas en los artículos 247, 254 del Código de Procedimiento Penal y 2o. y 5o. del Código de Penas.

Al confrontar las afirmaciones del casacionista, pronto se observa que pese a su crítica genérica a las pruebas como elementos deformados, en concreto tan solo se limita a citar la intervención de su representado en desempeño de su deber funcional de confirmar el pago de un instrumento librado por la oficina que servía, desestimando que fueron otros y suficientes por sí mismos los medios que abundaron en la condena de su representado, lo que de antemano muestra la deficiencia de la censura para alcanzar los fines anunciados.

En este sentido resulta fácil advertir que de los varios elementos externos de la infracción de que se trata (art. 133 del Código Penal), las

calidades de servidor público del acusado no son negadas por el casacionista, ni su deber de control o custodia sobre los bienes distraídos, bastando en este último aspecto con recordar que para el día de los hechos MENDOZA estaba encargado de la Tesorería y de la misma pagaduría, por lo que le correspondía avalar ante el banco el cheque motivo del proceso. (folios 217 y 225 del cuaderno No. 1; 101,102, 146 y 158 del cuaderno No.2; 51, 221 y 223 del cuaderno No.3)

Dentro de esa actividad, descuellan en los razonamientos del fallo de condena, la oportunidad que tuvo el acusado para intervenir con eficacia en la consumación del hecho, porque entre los días 19 y 24 de mayo de 1987, siendo aún pagador, permaneció encargado de la Tesorería, lo que le habilitó primero a recibir del titular doctor BARRERA GUTIERREZ cuatro o cinco cheques en blanco y firmados para hacer pagos específicos, y luego le concedió ascendiente para buscar la destitución del procesado JOSE A. PRIMERA, el mismo día de los hechos, lo que notoriamente se inclinaba a enrostrar a éste toda sospecha en relación con el fraude cometido.

De la malicia con la que procedió el acusado da a su vez cuenta el permiso solicitado para ausentarse la tarde de los hechos y en la mañana del día siguiente, lo que a la postre no le sirvió para excusar su intervención en la confirmación del cheque, porque del instrumento solo se vino a pedir aval el día 27, y para entonces no tuvo el acusado más remedio que intervenir otorgando su aquiescencia.

Ya iniciada la investigación fueron notorias las mentiras del procesado quien de manera inútil trató de desvirtuar que se le habían entregado cheques, y también las llaves del escritorio del destituido pagador, en lo que le desmienten primero el doctor BARRERA y luego el declarante Libardo Torres Rueda, siendo inmejorable muestra de malicia lo dicho por éste último en el sentido de que el abogado del acusado le había sugerido que declarara en contrario.

Peor aún: el examen grafotécnico concluyó que la máquina utilizada para adulterar el cheque distraído pertenecía a la sección donde trabajaba el procesado, lo que reitera su oportunidad para la comisión del hecho, y a todo ello se suma la voz incriminante de JOSE A. PRIMERA, quien delatando el caso hizo referencia a MENDOZA como la persona que le ofreció que sería indemnizado, resarcimiento que no ocurrió como era de esperarse por gracia de decisiones estatales, sino por mano del co-acusado JIMENEZ TORRES, y con dineros producto del delito.

Frente a estas evidencias, que para nada ocupan la atención del libelista, razón de sobra le asiste a la Procuraduría Delegada al resaltar lo deleznable del escrito de demanda, en cuanto que si el censor no ataca en su integridad los medios de convicción sobre los cuales reposa la decisión cuya invalidación intenta, surge evidente que ellos persisten en sostener la contundencia y validez del fallo atacado, aún por encima de la supuesta realidad del yerro demandado, lo que hace inoperante e inocuo el ataque.

Por las razones que preceden, esta segunda demanda será desestimada.

No empuja lo anterior, la sentencia motivo de impugnación tendrá que ser parcial y oficiosamente invalidada, según lo autorizan los artículos 228 y 229-1 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto se observa que dicha providencia se profirió en contra del principio de legalidad en la dosificación de la pena impuesta por el delito de peculado por apropiación, al aplicar sin asidero normativo una distinta de la vigente al momento de ocurrencia de los hechos. Tal sucedió al fijar como pena mínima a los acusados la de dos (2) años de prisión, cuando por ley se imponían cuatro (4), teniendo en cuenta que de principio a fin, la resolución acusatoria (tanto por la primera como por la segunda instancia), siempre advirtió que el valor de lo indebidamente apropiado subía a la suma de tres millones seiscientos doce mil pesos

(\$3'612.000.00), cuantía bien superior a la indicada en el artículo 133 del Código Penal.

Se ha de notar, con lo anterior, que de ninguna manera esta modificación oficiosa, pese a afectar los intereses de los acusados MENDOZA y JIMENEZ, podría contradecir los términos del artículo 31 de la Carta Política -en cuanto veda por vía de alzada la modificación peyorativa para el procesado único apelante-, si se asume que el fallo de segunda instancia provino precisamente por apelación que de la absolución hiciera la Fiscalía ante el Juzgado, y que de lo que aquí se trata no es de incrementar la pena sobre factores ajenos al texto base normativo, sino precisamente de imponer la que el legislador previó como mínima para el caso juzgado.

Es de añadir además, que la imposición de la única pena válida prevista por el legislador para un determinado delito jamás podría entenderse contraria al artículo 31 constitucional, sino precisamente con éste coherente, pues integrado este precepto con los artículos 29 y 230 de la Carta Política, con el primero se entenderá que en un estado de derecho no es posible aplicar sino la ley penal previa al momento de la comisión del hecho, bajo la condición de ser favorable al procesado, no aquella que invente o modifique el juez a su talante, porque en el último de los preceptos que se evoca existe un presupuesto inmodificable, y es el del sometimiento del funcionario al exclusivo imperio de la ley.

Así, entonces, que regresar en esta sede la decisión examinada al cauce de la legalidad, no puede ser sino la consecuencia de ese imperativo que se contiene en cada una de las disposiciones indicadas (artículos 29, 31 y 230 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 218 y 219 del C. de P.P.) lo que en el caso propuesto significa la imposición como definitiva para los enjuiciados MENDOZA y JIMENEZ, de cuatro años de prisión, multa de veinte mil pesos e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mínimo de dos años, que constituyen la

pena principal legal y mínima para el cargo formulado, aplicable, además, por su evidente favorabilidad, frente a la drasticidad de las modificaciones contenidas en la Ley 90 de 1995).

De lo anterior emerge además, e ineludiblemente, la revocación de la condena de ejecución condicional en el caso de estos dos penados, pues por virtud del artículo 68 del Código Penal era imposible favorecerlos con la gracia otorgada por la segunda instancia.

Adicionalmente, una segunda modificación al fallo censurado incluirá la declaración de improcedibilidad atañedora al cargo de encubrimiento por receptación que cobijara al procesado ALFONSO ANGEL FIGUEROA PATERNINA, en cuanto el tiempo que distancia ahora la ejecutoria de la resolución de acusación supera el prevenido en los artículos 177, 80 y 84 del Código Penal, lo que no ocurre en relación con los cargos por el delito de peculado, pues como lo tiene reiterado por mayoría la doctrina de esta Sala de la Corte,

“...el término de prescripción de la acción penal por el delito de peculado culposamente imputado es de seis (6) años ocho (8) meses contados desde el día de la consumación. Como dicho término se interrumpió con la ejecutoria de la resolución de acusación... a partir de esa fecha empezó a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad, pero nunca inferior al mínimo previsto legalmente, que como ya se dijo, en este caso, por ser un delito cometido dentro del país por empleado oficial, es de seis (6) años y ocho (8) meses.

“...El término que se cuenta del momento de la consumación del delito hasta la ejecutoria de la resolución es completamente independiente del que se contabiliza de ahí en adelante, de manera que es un error creer que el incremento previsto en el artículo 82 se está aplicando dos veces. El asunto es muy sencillo: por mandato legal, el término

mínimo de prescripción para casos como el que ocupa la atención de la Sala es de seis (6) años ocho (8) meses, bien sea para la etapa que comprende del momento de la consumación a la ejecutoria de la resolución de acusación; o de ese momento hasta la ejecutoria de la sentencia.”(cfr.auto de diciembre 6 de 1995, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: Casar parcialmente el fallo impugnado a nombre de JOSE ANTONIO PRIMERA CARO, declarando la nulidad de lo actuado en cuanto a él exclusivamente concierne y a partir de la resolución de acusación que le fuera proferida por el delito de peculado.

En su lugar, y como por operancia de la prescripción de la acción, no hay lugar a proseguir trámite alguno en su contra bajo el cargo de encubrimiento por receptación, se dispone en su favor la cesación del procedimiento y la devolución de la caución prestada para el goce de la libertad provisional.

SEGUNDO: Desestimar la demanda de casación formulada a nombre del acusado LUIS MENDOZA DE LA ESPRIELLA.

TERCERO: CASAR parcial y oficiosamente el fallo recurrido en relación con los acusados LUIS MENDOZA DE LA ESPRIELLA y MANUEL RAMON JIMENEZ TORRES por las razones dadas en la parte considerativa, imponiendo en su lugar y para cada uno de ellos, como definitiva, la pena principal de cuatro (4) años de prisión, multa de veinte mil pesos (\$20.000.00) e interdicción en el ejercicio de derechos y

funciones públicas por el término de dos (2) años, revocando como consecuencia la condena de ejecución condicional que les había sido concedida. Líbrense las respectivas órdenes de captura, y

CUARTO: Declarar que la acción penal no puede proseguir respecto del acusado ALFONSO FIGUEROA, respecto del delito de encubrimiento por receptación, por lo que se ordena cesar todo procedimiento seguido en su contra, y la devolución de la caución prestada para gozar de la excarcelación que le había sido concedida.

QUINTO: Rige en lo demás el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL

TORRES

FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria