

Proceso N° 11268

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 058

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de abril del dos mil (2000).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JULIO RAFAEL BORELLY MIER contra la sentencia de agosto 10 de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a dicho procesado a 60 meses de prisión como autor del delito de peculado por apropiación.

ANTECEDENTES

1.- Para el año de 1986 la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- era la accionista mayoritaria (con el 94%) de la "Previsora S.A. Compañía de Seguros", Sociedad de Economía Mixta del orden nacional.

El doctor JULIO RAFAEL BORELLY MIER, un veterano político de la Costa Atlántica, fue nombrado director de CAJANAL el 16 de septiembre de 1986, siendo conveniente advertir que el mismo resultó elegido como senador suplente del Departamento del

Atlántico para el período constitucional 1986-1990, cargo del cual tomó posesión el 1o. de noviembre de 1989, habiendo asistido al Senado hasta diciembre 16 de dicho año.

Según el artículo 2o. de la ley 57 de 1964 y el artículo 1o. del decreto ley 1566 de 1982, los dividendos o utilidades que CAJANAL reciba de La Previsora “tendrán como destinación específica la ejecución de programas y obras sociales que tengan relación directa con el bienestar de los pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social”.

En Asamblea de Accionistas de la “Previsora S.A. Compañía de Seguros” celebrada el 31 de marzo de 1986 se aprobó el proyecto de distribución de utilidades correspondientes al año de 1985 asignándose como donación a la Clínica Santa Rosa de Lima -perteneciente a CAJANAL-, la suma de 200 millones de pesos, los cuales serían manejados por la “Sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda., pero en Asamblea Extraordinaria celebrada el 29 de diciembre de 1986, el ya gerente de CAJANAL, Borelly Mier, argumentó que la Costa Atlántica carecía de un “centro neurológico” eficaz, propuso que se cambiara el destino que a la donación de 200 millones de pesos se había dado en la Asamblea de marzo 31, y que se destinara esa suma así: 30 millones para la adquisición de drogas, 30 millones para obras de adecuación del Instituto Neurológico del Caribe, en Barranquilla, “y el resto para dotación”. Este Instituto era una entidad de carácter privado sin ánimo de lucro. Tal proposición fue aprobada.

En Asambleas posteriores se revocaron la mayoría de dichas destinaciones y se demostró que sólo \$ 26'226.861.41 habían logrado ser realmente recibidos por el mencionado Instituto Neurológico y que fueron invertidos en adquisición de máquinas, equipos en general y otros objetos.

A dicha Asamblea de diciembre 29 asistieron, además de Borelly Mier, Santiago Pardo Ramírez, Director de Impuestos Nacionales -en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, Rafael Eduardo Arbeláez Bejarano, Presidente de “La

Previsora”, Alfonso Figueroa Meluk -en representación del Ministerio de Salud-, José Libardo Bueno Castañeda -revisor fiscal de la firma accionista “Prat Maruch & Mitchel”-, Ana Patricia Franco Duque -en representación del I.C.T.-, Luis Morales Gómez -a nombre propio como accionista-, Mauricio Cárdenas Lesmes -en representación de la Superintendencia Bancaria- y María Isabel Aramburo Restrepo, como secretaria de la Asamblea.

2.- El 1o. de marzo de 1988 el doctor Saúl Flórez Enciso, representante legal de “Asociación Projusticia”, denunció esos hechos, el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá abrió investigación y oyó en indagatoria a todos los imputados, es decir a los mencionados asistentes a la Asamblea, salvo a María Isabel Aramburo Restrepo, quien finalmente fue declarada persona ausente. De una u otra manera, dichos sindicatos negaron haber actuado de mala fe y sostuvieron que no vieron irregularidad ninguna en la proposición de Borelly Mier, quien también arguyó total falta de dolo (fls. 218 y ss. cdno. No. 1).

Practicadas otras pruebas y decidida la situación jurídica de los sindicatos mediante resoluciones que se abstuvieron de proferir medida de aseguramiento, la investigación fue clausurada y se calificó la primera vez con reapertura de investigación, a fin de perfeccionar la misma (fls. 351 y ss.). Practicadas otras pruebas, se cerró nuevamente y por segunda vez se calificó el sumario, profiriendo el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá resolución de marzo 19 de 1992 (fl. 379 cdno. No. 2), en la cual tomó las siguientes determinaciones:

-Acusó a Borelly Mier y a Arbeláez Bejarano como coautores del delito de peculado por apropiación (art. 133 C.P.).

-Acusó a Santiago Pardo Ramírez, Alfonso Figueroa Meluk, Ana Patricia Franco y a Mauricio Cárdenas Lesmes, como cómplices de dicho delito.

-Acusó a José Libardo Bueno Castañeda y a Luis Morales Gómez, como cómplices de “peculado por extensión”.

-Cesó procedimiento con respecto a María Isabel Aramburo Restrepo.

3.- Ese proveído fue recurrido en reposición y -subsidiariamente- en apelación. El Juzgado no repuso y concedió las apelaciones (fl. 142 cdno. No. 3), y la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Santa Fe de Bogotá le impartió total confirmación mediante resolución fechada el 14 de octubre de 1992 (fl. 231 cdno. No. 4).

4.- El Juzgado 17 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá practicó varias pruebas (cdno. No. 5), celebró audiencia pública (fl. 29 cdno. No. 6), y mediante sentencia de junio 12 de 1995 (fl. 174-6) condenó a Borelly Mier a 60 meses de prisión por el delito materia de acusación, absolviendo del mismo a todos los demás procesados, con respecto a los cuales sustentó que no existía plena prueba de que actuaron dolosamente. Acerca de los enjuiciados como cómplices de peculado por extensión, basó la absolución en que resulta imposible que alguien sea cómplice de un delito que carece de autor, recordando que aquí nadie fue acusado en esa calidad de peculado por extensión.

El defensor del condenado Borelly Mier apeló dicho fallo y el Tribunal, mediante el suyo que es objeto de la impugnación extraordinaria (fl. 116 cdno. Trib.) lo confirmó.

LA DEMANDA

Causal segunda

Sin citar norma alguna dice el casacionista que la sentencia impugnada “no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación” (fl. 170 cdno. Trib.), ya que en ésta se afirma que el procesado BORELLY MIER, como Director General de la Caja Nacional de Previsión “no empleó los dividendos de Cajanal en

beneficio de los pensionados ni en obras sociales de la Caja, sino que los dedicó a pagar diversas sumas de dinero a varias entidades, “por un total de \$325.000.000.00 más la suma de doscientos cincuenta y seis millones novecientos quince mil cuatrocientos veintisiete pesos con cuarenta y siete centavos (\$256.915.427.47)”, pero que “en la sentencia de primera instancia no se mencionan esos beneficiarios ni el monto de los supuestos perjuicios”, y precisa a folio 172:

“La diferencia consiste en que mientras que en la resolución de acusación se afirma que BORELLY MIER invirtió en el pago de donaciones la suma de \$581.915.427.47 a las distintas entidades que enumera, en la sentencia condenatoria se sostiene que BORELLY MIER le entregó al Instituto Neurológico del Caribe varias cantidades de dinero en cuantía de \$26.266.861.41, lo cual resulta inexacto por cuanto en la providencia de primera instancia que confirmó la Sala Penal, se sostiene que dicha cantidad se empleó para comprarle a terceros algunos implementos con destino al Instituto Neurológico del Caribe.

“En todo caso no se recaudó ninguna prueba para establecer que BORELLY MIER hizo los pagos en cuantía de \$581.915.427.47 de que habla la resolución de acusación. Tampoco se produjo prueba alguna para establecer que BORELLY MIER le entregó al Instituto Neurológico del Caribe ninguna cantidad de dinero, ya que lo que se afirma en la sentencia de primera instancia es que se le compraron a terceros algunos materiales con destino al Instituto Neurológico del Caribe”.

Concluye entonces que ello “conduce al pleno establecimiento de que la causal segunda de casación queda plenamente demostrada”.

Causal tercera

“En la tramitación del proceso contra Julio Rafael Borelly Mier se incurrieron (sic) no sólo en graves irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso, sino que se violó el derecho de defensa”, y agrega el censor:

“En el auto de proceder se afirma que Julio Rafael BORELLY MIER le entregó al Instituto Neurológico del Caribe la suma de \$200.000.000.00, monto total de la donación que le hizo la Asamblea General de Socios de la Previsora S. A., Compañía de Seguros. Sin embargo, ninguna prueba recaudó el proceso demostrativa (sic) de ese aserto.

“En el auto de proceder no se le formuló a Julio Rafael BORELLY MIER el cargo de que hubiera pagado a varias personas naturales o jurídicas sendas cantidades de dinero para la adquisición de enseres para el Instituto Neurológico del Caribe, en cuantía total de \$26.266.861.41, pero a Julio Rafael BORELLY MIER se le condenó como si hubiera cometido tales hechos.

“La donación de los \$200.000.000.00 de pesos en favor del Instituto Neurológico del Caribe fue revocada, y tal cantidad como otras similares fueron destinadas a la Caja Nacional de Previsión Social, pero la sentencia condenatoria desconoció la existencia de esa prueba.

“La Caja Nacional de Previsión Social negoció con la Siemens la adquisición de un escanógrafo, con destino al Instituto Neurológico del Caribe pero el Ministerio de Salud prohibió la introducción de nuevos escanógrafos a Colombia. La Caja Nacional de Previsión Social acordó con la Siemens que la cantidad de dinero que se le había entregado como abono al precio del escanógrafo mencionado se le devolviera a Cajanal en equipos para dedicarlos al uso de los pensionados. Esta prueba también la pasó en silencio la sentencia, y por tal razón fue condenado Julio Rafael BORELLY MIER.

“En consecuencia, se violó el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y se dictó sentencia condenatoria en contra de Julio Rafael BORELLY MIER, sin que el

proceso hubiera recaudado las pruebas indispensables para demostrar el hecho imputado como lo es el delito de peculado por apropiación, o se desconoció la existencia de pruebas demostrativas de la inocencia del procesado Julio Rafael BORELLY MIER.

“También se violó el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 en cuanto ordena que todo proceso debe tramitarse cumpliendo las reglas del debido proceso a (sic) sea las normas procesales sobre pruebas, traslados y términos” (fls. 173 y 174).

Pide entonces que se case el fallo y se absuelva a su defendido.

Varios días después el casacionista presenta un escrito mediante el cual “aclara” la demanda de casación (fl. 176) y dice al respecto que según la sentencia el delito de peculado lo cometió el acusado en diciembre 29 de 1986, fecha para la cual -según certificación que adjunta- éste “había sido elegido Senador de la República por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico para el período de 1986 a 1990, que se posesionó del cargo de Senador suplente el primero de noviembre de 1989 y asistió como tal hasta el 16 de diciembre de 1989” (fl. 177).

En consecuencia -dice- y de conformidad con el artículo 235 de la Constitución Política, la competencia para juzgarlo radicaba exclusivamente en la Corte Suprema de Justicia, e insiste en que este segundo escrito “sirve para aclarar la causal tercera que invoqué en la demanda de casación” (fl. 178).

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Nulidad

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal advierte que el casacionista yerra al alegar dentro de un mismo cargo la nulidad por falta de competencia, por violación al

derecho de defensa y por atentado al debido proceso, lo cual constituye “desaciertos técnicos que dan al traste con las pretensiones” (fl. 11), pues tales reparos debió hacerlos separadamente y con la sustentación correspondiente, además de que “en el desarrollo de las nulidades, el libelista retoma argumentos expuestos en el primer cargo, (inconsonancia en los cargos) y además entremezcla, yerros propios de ser presentados a través de la causal primera -cuerpo segundo- de casación, cuando echa de menos pruebas que en su parecer obran en el proceso y el juzgador omitió tener en cuenta, concretamente, el reintegro en equipos, que efectuara la firma Siemens, respecto al importe dado en dinero, como abono por la adquisición del escanógrafo con destino al Instituto Neurológico del Caribe. Como también el hecho de que, no se tuvo en cuenta que la donación de los \$200.000.000 en favor del mencionado Instituto fuera revocada, “y tal cantidad como otras similares fueron destinadas a la Caja Nacional de Previsión Social”, sin embargo, esta prueba no fue considerada” (fls. 13 y 14).

Sin perjuicio de lo dicho conceptúa:

1.- Con relación a la falta de competencia para juzgar al procesado, cita los artículos 186, 235 de la Carta Política, 6o. de la ley 5a. de 1992, y anota que “para cuando Borelly Mier, consumó el delito de Peculado por Apropiación, ostentaba el cargo de senador, por haber sido elegido como senador suplente, para el período constitucional 1986-1990, por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico” (fls. 16 infra. y 17), y agrega:

“Pero, como quiera y como claramente se advierte, que el delito por el que se procede -Peculado por Apropiación- no se desarrolló en relación con las funciones desempeñadas por el ex-senador (sic), sino como Director de la Caja Nacional de Previsión, actividad totalmente ajena al cumplimiento de funciones congresionales, no le asiste razón al impugnante.

“En consecuencia, en este caso, no se dan los supuestos del fuero integral establecido por la Constitución Nacional para los parlamentarios y por tanto la Corte carecería de competencia para avocar el conocimiento del proceso, como lo pretende el censor, lo que conlleva la desestimación del cargo”.

2.- En cuanto la violación al derecho de defensa y al debido proceso, no son ciertas las afirmaciones del censor de que no se instruyó lo pertinente para “establecer el destino dado a los \$200.000.000, que donara la Previsora S.A., Compañía de Seguros (sociedad de economía mixta) a la Caja Nacional de Previsión”, pues a tal efecto se allegó prueba testimonial y documental, como también se practicaron inspecciones judiciales en el Hospital Universitario de Barranquilla y en el Instituto Neurológico del Caribe, “pruebas con las cuales se estableció que en tales entidades no se habían ubicado las sumas de dinero, que se dijera fueran donadas para ellas” (fl. 18), obteniéndose igualmente respuesta de la Junta Directiva del Hospital Neurológico de Barranquilla en el sentido de que “la compañía de Seguros La Previsora, realizó contrato con el arquitecto Carlos Acevedo por la suma de \$15.711.535.28 (aún no completamente pagados ni ejecutados) en orden a adecuar la planta física de la Fundación Instituto Neurológico; al igual que de un contrato de la citada Previsora S.A. con la compañía Siemens, para la adquisición de equipos -entre ellos un escanógrafo- por la suma de \$283.902.300.00, cantidad que no fuera recibida por ese centro hospitalario. Igualmente se aclaró que en la referida entidad, si se recibieron camillas, mesas de examen, tensiómetros, equipos de órganos de los sentidos y vitrinas todo por un valor de \$4.661.798 (fl. 409 del C.O. No. 1). También se allegaron fotocopias de los extractos bancarios de la Fundación Instituto Neurológico del Caribe “NEUROCARIBE”, para los años 1987 y 1988, en los cuales se puede apreciar que en (sic) sus saldos nunca han llegado a superar el millón (\$1.000.000)”.

Que también “se allegó la documentación correspondiente a los contratos de fiducia celebrados entre La Previsora S.A. compañía de Seguros y La Fiduciaria la Previsora S.A.,

relacionados con la administración de las donaciones aportadas a la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) -que tuvieron como base el (sic) celebrado el 29 de diciembre de 1986, cuyo objeto fue la administración, inversión y destinación de los recursos a la terminación de la construcción y dotación de la FUNDACION INSTITUTO NEUROLOGICO DEL CARIBE y a la adquisición de drogas y medicamentos para la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL- (fl. 61 y ss. del C.O. No. 2)- así como los documentos demostrativos de las transacciones comerciales efectuadas en su desarrollo, (contratos y subcontratos - con base en la fiducia- los que sirvieron de fundamento a la perito contable, para determinar entre otras conclusiones que: A Neurocaribe, se le destinó sólo la suma de \$26.266.861.41, del total que se había acordado en donación, y las negociaciones, entidades y personas involucradas en los contratos efectuados a favor del Instituto Neurológico” (fl. 19), y añade a folio 20:

“Ahora, si bien en la Resolución de Acusación, no se concretó y en particular lo relacionado con los dineros donados al Instituto Neurológico del Caribe, como se dejara establecido en \$26.266.861.41, porque el instructor tomó integralmente la suma de \$581.915.427.47, girados por la Previsora S.A. Compañía de Seguros a la Previsora - Fiduciaria S.A., y que engloban contratos fiduciarios entre estas dos entidades, así como los subcontratos realizados por la Fiduciaria, con base en los contratos, ello no sirve para desconocer como lo pretende el censor los cargos y responsabilidad que le corresponde al Director de la Caja Nacional de Previsión, Dr. Borelly Mier.

“Como resultado final de la investigación se determinó que sólo \$26.266.861.41, de los dineros donados por la Previsora S.A. Compañía de Seguros, fueron apropiados ilegalmente, por haber sido donados a una entidad de carácter particular, como lo es la Fundación Instituto Neurológico -Neurocaribe y por tal cantidad, se condenó a Borelly Mier, al pago de daños y perjuicios de orden material, adicionados en el interés legal del 6%, para un total definitivo de \$33.621.581”.

Concluye entonces que “los cargos resultan inaceptables”.

Causal segunda

Con apoyo en apartes de la resolución acusatoria que transcribe, la Delegada precisa a folios 21 y 22:

“No se puede coadyuvar, las pretensiones formuladas por el censor, en cuanto a que a su defendido se le condenó por unos cargos, que no se le endilgaron en la Resolución de Acusación, no, por el contrario si bien no se precisó en concreto para la fecha de la acusación (19 de marzo de 1992) el monto de lo apropiado, también lo es que la suma de dinero que en donación se le había entregado por parte de la Previsora Fiduciaria a favor del Instituto Neurológico, se encontraba incluida, como el cargo central, por la ilegal donación a un ente privado en cuantía de \$26.266.861.41, egresos, que aparecen discriminados por pagos de subcontratos con personas naturales y jurídicas, tal y como obra a los folios 72, 82, 85, 102, 105, 108 y 124 del C.O. No. 2 y con su identificación y cuantía se relacionan a su vez por parte de la perito contable en el experticio (sic) a folio 231 ibídem, lo que constituye como se reitera un Peculado por Apropiación a favor de terceros, que nada tenían que ver con la Caja Nacional de Previsión, mucho menos con el bienestar de los pensionados del ente prestacional”.

Recuerda cómo en la diligencia de audiencia pública el defensor del procesado controvertió dichos cargos y finaliza haciendo ver cómo dentro de esta causal 2a. de casación el demandante introduce alegaciones propias de la causal 3a. de nulidad, al reclamar que no se allegaron pruebas para establecer que el procesado hizo unos pagos por \$581.915.427.47 y que “le entregó al Instituto Neurológico ninguna cantidad de dinero” (sic fl. 24).

Pide, en consecuencia, que no se case el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Segundo cargo: nulidad

Si prosperara este cargo que con base en la causal 3a. (art. 220 C.P.P.) hace el casacionista luego de aducir la “causal segunda”, el examen de esta última devendría impertinente, pues sobre un proceso nulo no cabe examinar si por falta de consonancia entre la acusación y el fallo, procede sentencia de remplazo en armonía con aquélla. De ahí que este principio de prioridad exija plantear y decidir en primer término dicha causal 3a.

Pues bien:

Afirma el actor que aparte de que “ninguna prueba se recaudó” para la afirmación del fallador en el sentido de que el procesado donó los \$200.000.000 al Instituto Neurológico del Caribe, en “el auto de proceder” (fl. 173) no se le imputó a Borelly Mier haber donado \$26’266.861.41 al nombrado Instituto, “pero a Julio Rafael Borelly Mier se le condenó como si hubiera cometido tales hechos”, a más de que la sentencia “desconoció” que “la donación de los \$200.000.000 en favor del Instituto Neurológico del Caribe fue revocada” (id.).

De entrada debe anotar la Sala que tales alegaciones de que se condenó al acusado sin pruebas y de que se ignoró la revocatoria de la donación, se exhiben del ámbito propio de la causal 1a. de casación, cuerpo 2o.: violación indirecta de la ley sustancial (art. 133 C.P.) debida a yerros de hecho en cuanto al material probatorio. Aparecen, pues, indebidamente alegadas como sustento de las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, con las cuales enuncia el censor el fundamento de la nulidad.

Tan cierto será lo anterior que, luego de hacer unas apreciaciones sobre los

hechos concluye el demandante que “en consecuencia, se violó el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y que (sic) se dictó sentencia condenatoria en contra de Julio Rafael BORELLY MIER, sin que el proceso hubiera recaudado las pruebas indispensables para demostrar el hecho imputado, como lo es el delito de peculado por apropiación, o se desconoció la existencia de pruebas demostrativas de la inocencia del procesado” (fl. 174, se subraya).

Es más: al ni siquiera mencionar las pruebas que en su sentir se dejaron de practicar, ni tampoco hacerlo con respecto a dónde radica la violación al derecho de defensa (por cierto el casacionista ha sido desde el comienzo del proceso el defensor de Borelly Mier), de verdad que este cargo de nulidad se exhibe apenas enunciado en dichos dos motivos, aparte de que, como se vio, se le trató de sustentar con argumentos propios de otra causal.

Con respecto a la “aclaración” de la causal 3a. de nulidad acabada de examinar (que, lejos de serlo, se exhibe como una “complementación”, merecedora incluso de un cargo aparte) y que atañe a la falta de competencia para juzgar a Borelly Mier, por ser éste -estima el censor- senador de la República cuando cometió el hecho, débese replicar que el acusado sólo se desempeñó como senador suplente por la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico desde el 1o. de noviembre hasta el 16 de diciembre, de 1989, (fl. 179 cdno. Corte), es decir que para la fecha del peculado por apropiación objeto de la sentencia impugnada -diciembre 29 de 1986- él no ejercía dicho cargo, sino el de Director de la Caja Nacional de Previsión Social, evidencia que, de suyo, lo excluye del fuero que para los congresistas posteriormente consagró la Carta Política de 1991 en sus artículos 186 y 235-3. No era, pues, esta Corte Suprema de Justicia la competente para juzgarlo, sino los jueces ordinarios, como efectivamente ocurrió.

Dicha objetividad hace que este cargo tampoco salga adelante.

Ese cúmulo de falencias, entonces, arriban al rechazo del cargo.

Primer cargo: causal segunda

Como dicha causal se da “cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación”, es imprescindible recordar qué dicen al respecto dichas dos decisiones. En el proveído acusatorio se lee:

“...más bien por el contrario se destinó por parte del Dr. BORELLY a otros rubros como fueron los destinados en la Asamblea General Ordinaria de Accionistas celebrada el 31 de Marzo de 1.987 (Fol. 325 1er Org.), y folio 327, así: (fol 112)

1.)- FUNDACION INSTITUTO NEUROLOGICO DEL CARIBE

LA	SUMA	DE	
.....			\$250'000.000
LIGA	LUCHA	CONTRA	EL
10'000.000		CANCER	 \$
EJERCITO NACIONAL PRIMERA DIVISION			\$
2'000.000			
MUNICIPIOS DE RIONEGRO Y SIMATOCA			\$
3'000.000			
OFICINA AYUDA ALEMAN ENFERMOS DE LEPROA			\$
2'000.000			
CORPORACION HOGARES CREA COLOMBIA			\$
2'000.000			

FUNDACION FRANCISCO DE PAULA SANTANDER \$ 18'000.000

HOSPITAL UNIVERSITARIO DE BARRANQUILLA \$ 38'000.000

TOTAL

\$325'000.000

“estos TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES más la SUMA DE DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS + VEINTISIETE PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS (Fol. 27 2o Or.), fueron manejados por la FIDUCIARIA DE LA PREVISORA S.A., previa orden de gastos del Dr. BORELLY MIER” (fls. 404 infra. y 405 cdno. No. 2), y agregó:

“De este modo las cosas y comprobado como se efectuó por parte del Despacho en las Diligencias de Inspección Judicial practicados (sic) por este Juzgado a las Instalaciones del Instituto Neurológico del Caribe, en donde se estableció que dichas sumas de dinero jamás llegaron allí, como tampoco llegaron al Hospital Universitario de Barranquilla, nos hacen colegir, que dichos (sic) dineros se les dió un manejo diferente al que debía destinarse de acuerdo con la Ley, ignorándose desde luego el paradero de los mismos, es por ello que el Dr. JULIO RAFAEL BORELLY MIER, deberá responder por el delito de PECULADO POR APROPIACION en calidad de AUTOR y RESPONSABLE” (id.).

En la sentencia de primera instancia se dijo sobre dicho tema (fls.190 y 191 cdno. No. 6):

“Nótese cómo a folios 72, 82, 85, 102, 105, 108 y 124 del cuaderno original No. 2, obran diversos comprobantes de egreso de sumas de dinero giradas a favor de personas naturales y jurídicas particulares como el señor Carlos Acevedo Juliao (\$9.335.622.17), Angel Enrique García González (en dos ocasiones la suma de

\$121.803.12), Hijos de Enrique Roca Ltda. (\$1.914.236), Proquimed Ltda. (\$2.722.500) y Agroindustrial Andina Ltda. (\$11.785.080); todo lo anterior, por concepto de obras de adecuación del Instituto Neurológico del Caribe, interventoría de las mismas y compra de equipos quirúrgicos y médicos tales como camillas, divanes, vitrinas, equipos para órganos de los sentidos, encubadoras (sic), autoclaves, etc., con destino a la misma institución.

“Es de anotar, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso el recibo por parte del Instituto Neurológico del Caribe de tales equipos mediante las correspondientes actas que obran a folios 103 y 112 del cuaderno original No. 2; e igualmente, no hay prueba de que tales dineros y/o equipos hayan sido devueltos por las personas naturales y jurídicas con quienes se realizaron los respectivos contratos de obra, interventoría y compra.

“Así las cosas, emerge con suma claridad y sin lugar a equívocos, que contrario a lo argüido por los defensores de los inculpados, hubo apropiación, - aunque no de la totalidad del dinero objeto de las donaciones-, sí de una parte del mismo, pues la verdad sea dicha, mediante acuerdos posteriores de la Asamblea de accionistas, la mayoría de los dineros fueron cambiados nuevamente de destinación y a través de sucesivos contratos de fiducia, fueron utilizados en beneficio de la Caja Nacional de Previsión, lo cual obviamente no constituye apropiación en favor de terceros”, y se agregó a folio 195:

“En relación con el Doctor Julio Rafael Borelly Mier, observamos, la propuesta de variar la destinación de los dineros inicialmente donados a la Caja Nacional de Previsión en Asamblea No. 22 del 31 de Marzo de 1986 partió de él, argumentando que la costa atlántica, -región de la cual es oriundo-, carecía de un centro neurológico, resultando muy gravoso para la Caja Nacional de Previsión atender a los pacientes que requerían servicios de tal tipo, pues debían ser remitidos a Bogotá. Que el Instituto Neurológico del

Caribe, fundación sin ánimo de lucro, podría prestar este servicio no sólo a la Caja, sino también a personas de escasos recursos, si fuera dotado para tal efecto.

“Así las cosas, observamos que efectivamente en el comportamiento del Doctor Borelly Mier existió una intención clara y consciente encaminada a beneficiar a una entidad, que si bien es cierto, prestaba sin ánimo de lucro un beneficio a la comunidad, era eminentemente de carácter privado; teniendo el claro conocimiento de la irregularidad de tal comportamiento; pues nótese, en la misma reunión dejó constancia de que a pesar de la inconveniencia de que las utilidades producidas por La Previsora se utilizaran para gastos de “funcionamiento” como era la compra de drogas, se veía precisado a acudir a éstos dineros ante “la urgencia de ésta y la ausencia de otras fuentes inmediatas a las cuales pudiera acudir para salvar tal emergencia”.

Y el Tribunal, al desatar la apelación contra dicho fallo, examinó en primer término la nulidad solicitada por el defensor de Borelly Mier (repítese que es el mismo casacionista) con base en que a éste se le estaba condenando por un hecho diverso al que fue materia de acusación, y dijo entonces:

“No es cierto que se esté condenando al señor Borelly Mier por un hecho distinto al que se le endilgó en la resolución de acusación. Lo que ha sucedido es que de acuerdo con el dictamen pericial esas cifras que menciona el mismo defensor fueron las que en últimas fueron a parar al Instituto Neurológico del Caribe, ya que en relación con el resto de la donación, según el acta 25 “la Asamblea aprobó por unanimidad el cambio de destinación de la donación que inicialmente se había asignado al Instituto Neurológico del Caribe a fin de que dicha donación sea otorgada a la Caja Nacional de Previsión Social...”, es decir que se revocó la ilícita donación, sin que pudiera recuperarse lo ya pagado, que es justamente lo que debe pagar el señor Borelly por el hecho ilícito que se le endilga, vale decir, la suma de \$33.621.581. Es decir, no ha existido ni violación del

derecho de defensa, ni comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y por ende la supuesta nulidad propuesta por el señor defensor no existe, no se ha presentado” (fl. 122 cdno. Trib.).

Confirmó en todo lo demás el fallo apelado, haciéndose énfasis en que, con apoyo en el peritaje que obra a folio 225 del cuaderno número 2, fue correcto precisar que el acusado sólo debía responder en calidad de peculado por apropiación, de los \$26'266.861.41 que destinó al Instituto Neurológico del Caribe.

Incluso el censor carecería de interés para invocar esta causal segunda de casación, pues, como se anotó, deja ver que se acusó a su defendido de haberse apropiado de una suma de dinero bastante mayor a la cual por la que fue finalmente condenado, según la cuantía identificada en el párrafo anterior.

Lo que ocurrió, repítese, fue que el fallador, cumpliendo rigurosamente con su función, precisó los términos de la acusación, recordó cómo la mayoría de destinaciones hechas en la Asamblea del 29 de diciembre habían sido revocadas, y cómo finalmente la que realmente fue objeto de apropiación fue la referida suma de algo más de 26 millones de pesos.

Así las cosas, los fallos de instancia (ambos forman una unidad jurídica, en todo lo que al ad quem no disienta expresamente del a quo) no están de ninguna manera en desarmonía con la acusación, premisa que torna impróspero este cargo.

Finalmente, se exhiben del todo impertinentes las alegaciones que dentro de esta causal de “inconsonancia” hace el casacionista sobre unas pruebas (no dice cuáles) que se dejaron de practicar para establecer que el acusado “hizo los pagos de \$581.915.427.47 de que habla la resolución de acusación” (fl. 172) y entregó al Instituto

Neurológico del Caribe “ninguna cantidad de dinero”, alegaciones ambas que, con las exigencias de rigor que no observa el actor (incidencia de las pruebas, etc.), tendrían su escenario propio en la causal 3a. de nulidad.

La demanda no prospera y el fallo en consecuencia, no se casará.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES
ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ

CARLOS E. MEJÍA

NILSON E. PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria