

Proceso N° 11736

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta # 150

Bogotá D.C., octubre tres (3) de dos mil uno (2001).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado WILLIAM DE JESUS RIOS GARCIA contra la sentencia de diciembre 7 de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la condena a 54 meses de prisión que por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo.

Hechos y actuación procesal:

Entre el 28 de agosto y el 2 de septiembre de 1992 WILLIAM DE JESUS RIOS GARCIA, quien se desempeñaba como cajero, se sustrajo de la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Cali la suma de \$4.424.117.00, los cuales correspondían a recaudos de valorización.

Fue vinculado al proceso mediante indagatoria, se le resolvió situación jurídica el 20 de diciembre de 1993 y el 24 de febrero de 1994 resultó acusado por la Fiscalía. Esta decisión adquirió ejecutoria el 2 de abril siguiente, se dio trámite el juicio y el 4 de

octubre de 1995 el Juzgado 21 Penal del Circuito lo condenó a 54 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de \$20.000.00, al hallarlo autor responsable del delito de peculado por apropiación agravado (art. 133, inciso 2º del Código Penal de 1980), en concurso homogéneo. La defensa apeló y el Tribunal Superior de Cali confirmó la decisión a través del fallo que es objeto del recurso de casación.

La demanda:

El único cargo propuesto por el casacionista lo apoya en el inciso 2º de la causal 1ª de casación. Dice que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial al incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia, el cual vincula a la cuantía de lo apropiado por el procesado. Este, según el punto 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, fue condenado a pagar \$3.981.706.00, cifra que las instancias derivaron de la suma que Seguros La Previsora le pagó a la Administración Municipal de Cali en virtud de la póliza de manejo del cajero y no de pruebas obrantes en el proceso que la demostraran. El juzgador, entonces, supuso la prueba de la cantidad de lo apropiado.

Según el acta de arqueo 169 correspondiente al 31 de agosto de 1992, suscrita por FERNANDO ECHEVERRY—funcionario de control interno de la Secretaría de Obras—el valor de lo recaudado ese día fue \$4.424.117.00 equivalentes a 34 cheques por \$4.362.661.00 y \$61.456. en dinero efectivo.

Agrega el censor que aunque “existe prueba irrefutable que demuestra la sustracción de dichos conceptos en efectivo y en cheques”, no puede aseverarse que la administración pública haya sufrido un perjuicio económico por ese valor. Esto en consideración a que el menoscabo del mismo solamente se produciría con la demostración de que los títulos valores “en su totalidad o en parte se hicieron efectivos, de tal manera que mientras no exista dicha prueba, mal se podrá predicar lesión del haber patrimonial de la

administración pública”. En otras palabras, mientras no exista prueba atinente a que los cheques fueron cobrados, no se puede afirmar la consumación del delito de peculado por apropiación. “En dónde reposa –dice acto seguido el impugnante—la prueba ... que demuestre que los 34 cheques sustraídos fueron hechos efectivos total o parcialmente?”. O en dónde la prueba de que su representado se apoderó del valor por el cual fue condenado al pago de perjuicios?

No existen evidencias dentro del proceso, continúa el defensor, indicativas de que los títulos valores o algunos de ellos hayan sido hechos efectivos y de que el procesado se haya apropiado de la suma de dinero señalada por el juzgador. Varios elementos de juicio, “ignorados por el juzgador y cuyo desconocimiento se constituye en el segundo error de hecho por falso juicio de existencia sobre la prueba relacionada con la cuantía de lo apropiado”, como la restricción en la negociabilidad de los cheques (“sólo podían ser consignados en la cuenta del Fondo de Pavimentos de la Secretaría de Obras Públicas”) y las constancias de los Bancos de acuerdo con las cuales “dichos cheques no habían sido pagados”, señalan lo contrario.

“En síntesis –concluye el abogado demandante—en doble error de hecho por falso juicio de existencia incurre el sentenciador frente a la cuantía de lo presuntamente apropiado, el primero de ellos por suposición de prueba, al dar como probada una cuantía en cantidad de ... (\$3.981.706.00), cuya prueba o comprobación brilla por su ausencia dentro de la presente relación procesal; es más, por el contrario, si algo aparece probado dentro del presente proceso, es que los títulos valores sustraídos no fueron cobrados como lo constatan las mismas entidades bancarias, prueba ésta que no obstante reposar materialmente dentro del proceso fue desconocida o ignorada por el juzgador, en lo que se constituye en el segundo error de hecho por falso juicio de existencia por ignorar o desconocer prueba acreditada en el proceso; errores manifiestos éstos que indiscutiblemente desconocen...” los artículos 246 y 253 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Si se carece de medios de prueba demostrativos de que los cheques fueron cobrados total o parcialmente, se disminuye “ostensiblemente” la cuantía del delito hasta situarse por debajo de 50 salarios mínimos y, en consecuencia, le resulta favorable a su representado la aplicación del inciso 2º del artículo 19 de la ley 190 de 1995, que varía el extremo punitivo mínimo del peculado por apropiación de 6 años de prisión a 18 meses. La solicitud del abogado es, entonces, que se case parcialmente el fallo “realizando las correcciones pertinentes en cuanto a la dosificación de punibilidad se refiere” y se considere la posibilidad de concederle al procesado la condena de ejecución condicional.

Las normas sustanciales que estima transgredidas el censor son el artículo 133 del Código Penal de 1980 (modificado por el 19 de la ley 190/95), el 6º e igualmente el 22 de la misma codificación, que pone a consideración de la Corte “frente a los cheques sustraídos cuyo cobro no se comprobó dentro del proceso penal”.

Concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal:

A su juicio el único cargo propuesto por la defensa acusa falta de coherencia y claridad, al tratar aspectos jurídicamente diversos (dosificación de la pena, atipicidad del hecho por ausencia de apropiación, transgresión del principio de favorabilidad y tentativa) que merecían un tratamiento diferencial y en consecuencia ser propuestos en capítulos separados. Esto no es lo más grave, sin embargo, sino lo contradictorio de los planteamientos y el hecho de que algunos de ellos quedaron prácticamente sin desarrollo.

El censor propugnó, en primer lugar, basado en la indeterminación de la cuantía, por una redosificación punitiva, demandando la casación parcial de la sentencia. Finaliza, no obstante, enlazando “una crítica alusiva a la no demostración del factor apropiativo del peculado, para lo cual desarrolla un esquema basado en falsos juicios de existencia por

omisión y suposición de prueba, cuando dicho aspecto entraña, a ojos vistas, la atipicidad parcial de la conducta y por consiguiente, su impunidad total, como propuesta casacional, así, no otra petición diferente a la casación total del fallo, pues fue el único delito por el que se impartió condena al procesado”.

Se trata, por tanto, de una propuesta evidentemente contradictoria. Advirtió el demandante al principio que los errores de hecho eran atinentes a la cuantía del delito y no relacionados con uno de los elementos del tipo penal, pero terminó desviándolos hacia este punto, incurriendo en el yerro que anunció que no iba a cometer. Aunque esta falencia es suficiente para que el cargo no prospere, el Procurador decidió referirse a algunos aspectos del reproche en consideración a su interés procesal y sustancial, no sin dejar de anotar que la alusión hecha por la defensa a la tentativa fue simplemente enunciativa y constitutiva de un despropósito al pretender que de oficio la Corte componga la censura y se pronuncie sobre ella.

El Delegado comparte con el demandante que la cuantía en el peculado por apropiación influye en la dosificación punitiva, pero no que en el caso específico el juzgador haya incurrido en los errores por omisión o suposición de pruebas en cuanto al monto del delito. Y menos “cuando parte el impugnante de la vana e intrascendente desatención de un medio probatorio como la atestación rendida por FERNANDO SALAZAR GUTIERREZ, quien en un pasaje de ella advirtió, que los cheques sustraídos no habían sido pagados, sin que se demuestre qué incidencia tiene esa circunstancia en la determinación de la cuantía, por cuanto se ha ligado más ese presunto falso juicio con el factor apropiativo de los caudales...”.

Agrega que no es viable la pretendida suposición probatoria sobre la cuantía del delito si se toma en cuenta que de acuerdo con el principio de libertad probatoria la misma podía ser demostrada con cualquier medio de prueba. Y el fallador estimó –acertadamente, dice el procurador—“que la cuantía se consolidaba con el valor reconocido por la

aseguradora en razón a la póliza de manejo suscrita por el funcionario...". Se trata de un juicio suficiente en cuanto respeta los parámetros de la sana crítica y que en consecuencia es incontrovertible en casación.

"Es que, en esencia –sigue el concepto—configura una antinomia aducir que la prueba se ha supuesto y que, por consiguiente se ha incurrido en un falso juicio de existencia por suposición, y a la par se afirme que la prueba que se tomó para tal, no reúne la aptitud requerida para corroborar el hecho...". En estas circunstancias lo que ha podido eventualmente plantear el censor era un desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Independientemente de la manera incoherente como fue planteada la censura, recuerda el Agente del Ministerio Público que la doctrina y la jurisprudencia, en posición que comparte, han señalado que la apropiación en el peculado "se estructura con la pérdida del alcance dispositivo del bien por parte de la administración pública, es decir, no se requiere que el agente goce o usufructúe el mismo, se concreta ... con la intención de hacer propio el bien, 'animus', sin que sea requisito un acto fenoménico del sujeto activo destinado a su disposición, por consiguiente, basta que se vea reflejada en la mera sustracción del ámbito de disponibilidad estatal...". Los argumentos del censor, en consecuencia, atinentes a la efectivización de los cheques, carecen de asidero. No reviste mayor importancia que no hayan sido pagados, lo que de todas formas no excluye que hayan sido negociados, como lo aseveró el testigo SALAZAR GUTIERREZ. Adicionalmente el Tribunal se refirió en el fallo recurrido al punto para resolver una inquietud en el mismo sentido planteada por la defensa y el Delegado trae la transcripción del aparte pertinente de la decisión.

En cuanto a la aplicación favorable de la ley 190 de 1995 que el recurrente fundamenta en el hecho de que de conformidad con lo dicho la cuantía del delito no supera de 50 salarios mínimos legales mensuales, para el Procurador tiene una base equivocada, al

sostener el defensor que no se logró determinar "...pues como atrás se advirtió, su fijación, tal cual lo hizo el juzgador, sin violar las reglas de la sana crítica y en acato al principio de la libertad probatoria, termina incontrovertible, luego habrá de tenerse por tal, la cantidad aceptada al unísono en instancias: \$3.981.706.00, que indiscutiblemente supera para el año de 1992 (año de ocurrencia de los hechos) el valor de 50 salarios mínimos legales vigentes para esa anualidad fijado en \$65.190.00, para un total de \$3.259.500.00". No procede entonces la aplicación del principio de favorabilidad.

No casar el fallo objeto de la impugnación es, en conclusión, la petición del Agente del Ministerio Público.

Consideraciones de la Sala:

La violación indirecta de la ley sustancial propuesta por el censor fue por error de hecho por falso juicio de existencia. Este, como se sabe, se produce cuando el Juez omite la apreciación de pruebas válidamente allegadas al proceso, o cuando las supone, es decir cuando considera medios demostrativos que no están en el expediente. En los dos casos se le impone al demandante, como requisito de forma de la demanda, precisar la prueba omitida o supuesta y demostrar que otra habría sido la decisión de no haber tenido lugar el error judicial, lo que lógicamente implica la confrontación y el desquiciamiento de los fundamentos sobre los cuales está construida la sentencia.

En el evento sometido a consideración de la Sala el defensor señaló que el Tribunal supuso la prueba de la cuantía del peculado. No obstante, en ningún momento logró la demostración respectiva.

La primera precisión que realiza es que su cliente fue condenado a pagar por concepto de perjuicios \$3.981.706.00 y que esa suma la derivaron las instancias del monto que Seguros La Previsora le pagó a la Administración Municipal de Cali en virtud de la póliza de

manejo contratada por el procesado, pero en ningún momento porque dentro del proceso obraran pruebas demostrativas de que tal hubiera sido la cuantía objeto de la apropiación.

Se trata de un punto de partida cuestionable. Simplemente porque el valor de los daños y perjuicios no puede confundirse con la cuantía del delito. Y en dicha confusión no incurrió el Tribunal de instancia. Los hechos de la sentencia lo prueban.

“...tuvieron ocurrencia –dice la providencia—en esta ciudad entre el 28 de agosto y el 2 de septiembre de 1992 en las instalaciones de la entidad Valorización Municipal – Fondo de Pavimentos – donde para esa época se desempeñaba laboralmente RIOS GARCIA en calidad de cajero y quien de acuerdo con lo acreditado probatoriamente resultó apropiándose de \$4.424.117 pesos procedentes de los recaudos que allí se cumplían”. (resalta la Corte).

La mención hecha en el fallo al valor pagado por Seguros La Previsora a la Administración Municipal de Cali fue un argumento adicional de acreditación de la responsabilidad penal y no el sustento de la fijación de la cuantía del delito, como pretendió hacerlo creer el impugnante.

“Defendiéndose RIOS GARCIA –dice la sentencia— de la responsabilidad penal que así se fue definiendo en su contra y a efectos de descartar la presencia de uno de los presupuestos objetivos integrantes de la figura del peculado, concretamente la apropiación, dijo que la consumación de la conducta no podía achacársele pues era obvio que él mejor que nadie conocía que el valor representado en los cheques no podía ser apropiado, habida cuenta que en los mismos se colocaba un sello restrictivo que sólo permitía consignarlos en la cuenta del Fondo de Pavimentos. Pero, este como los anteriores resulta un argumento defensivo sin valor real pues, es lo cierto, lo que comprueba el proceso que, dada la manipulación irregular que él ejercía sobre los

recaudos, la apropiación ilícita si se dio al punto que la Administración Pública hubo de ser indemnizada por la Compañía de Seguros La Previsora”.

Nótese, entonces, que el Tribunal insiste en atribuir como cuantía de lo apropiado la suma de los cheques más la del efectivo sustraídas, a las que el propio RIOS GARCIA hizo relación en la denuncia que formuló y que no le funcionó, pues bien pronto las sospechas se dirigieron hacia él en consideración a las graves irregularidades encontradas en el ejercicio de su función.

Dicha cantidad (\$4.424.117.00) es mencionada por el casacionista al referirse al acta de arqueo #169, correspondiente a los recaudos del 31 de agosto de 1992. La misma se encuentra dentro del proceso, sin duda alguna fue el fundamento de la Corporación de segunda instancia en la síntesis de los hechos de la sentencia y a ella hizo igualmente extensa alusión en sus consideraciones. No es verdad, entonces, que el Tribunal haya identificado cuantía del delito con cuantía de los perjuicios y tampoco que haya inventado la primera. Esta fue el faltante que encontró el funcionario de Control Interno FERNANDO ECHEVERRY (\$61.456.00 en efectivo y 34 cheques por \$4.362.661.00) y se trata de una circunstancia que no desconoce el recurrente, quien admite categóricamente que “existe prueba irrefutable que demuestra la sustracción de dichos conceptos en efectivo y en cheques”.

Lo que afirma el defensor es que la simple sustracción de los instrumentos de pago no estructura el delito de peculado por apropiación, sino que es necesario para ello que los mismos se hayan hecho efectivos y que dentro del proceso no obra prueba de que esto haya ocurrido.

Si en realidad el Tribunal hubiera considerado que la sola sustracción de los cheques era suficiente para la consumación del peculado por apropiación, el debate en casación sobre el particular habría tenido que intentarse en el marco de una propuesta

de violación directa de la ley sustancial, naturalmente sin vincular en la misma ninguna discusión sobre los hechos que se declararon probados en la sentencia ni sobre la apreciación probatoria realizada. Pero esto no sucedió y tampoco que el Tribunal haya considerado simplemente la sustracción de los títulos valores de la caja fuerte como fundamento de la imputación. Luego de referirse a las prácticas irregulares desarrolladas por el procesado en su condición de cajero al servicio del Fondo de Pavimentos (como cambiar cheques a particulares y a empleados municipales con el dinero de los recaudos, no hacer los reportes a que se encontraba obligado, consignar con retraso, incluir cheques que no correspondían a la operación oficial, etc.) y de controvertir algunas de las explicaciones que en su defensa suministró, la segunda instancia expresó:

“Puede además indicarse para corroborar este punto y descartar entonces el último argumento defensivo que toda la manipulación que el procesado ejercía en los recaudos y demás operaciones, conduce imperiosamente a concluir que él fue quien se apropió el dinero efectivo dejando en su reemplazo los supuestos cheques de particulares, generalmente por sumas cuantiosas, como los que aparecen a nombre de EVANGELISTA MORENO a quien como a los otros pese a ser sus conocidos y amigos de confianza nunca logró ubicar e identificar con seguridad y quienes con toda seguridad no existen porque no pasan de ser la creación que hábilmente ideó el procesado para cumplir su designio ilícito y a más de ello para estructurar y urdir su defensa”.

Resulta evidente, entonces, que el juzgador concluyó una cosa y el casacionista está discutiendo una completamente distinta apoyado, además, en la invocación de un error de juicio que como quedó demostrado estuvo lejos de demostrar.

Así las cosas, resulta absolutamente inexaminable la demanda. Sus falencias lógicas son evidentes como lo anotó la Procuraduría y no se estima necesario ahondar en otras consideraciones para concluir que el cargo no puede prosperar.

La Sala, entonces, no casará el fallo materia de la impugnación.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida, expedida por el Tribunal Superior de Cali el 7 de diciembre de 1995.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria