

Proceso Nº 14655

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 136 (10-08-00)

Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil (2000).

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle), mediante providencia del 21 de noviembre de 1997, confirmó en su integridad el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de fecha trece de diciembre de 1996, mediante el cual condenó a AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ a la pena de 50 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autora responsable de los delitos de abuso de función pública, falsedad material de empleado oficial en documento público y peculado por uso, este último como autora intelectual. A DANIEL PARRA HINCAPIE a la pena de 44 meses de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable de los delitos de abuso de función pública y falsedad material de empleado oficial en documento público y a GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO a la pena de 26 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor penalmente responsable del delito de peculado por uso, en concurso homogéneo. A todos se les negó el beneficio de la condena de ejecución condicional. Se dispuso allí mismo, compulsar copias para

que se investigara la conducta de la señora Nancy Valbuena Navarrete, como titular de las cuentas a través de las cuales se realizaron las conductas materia de investigación.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos tuvieron su origen, cuando los funcionarios de la Industria De Licores del Valle, AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ Jefe del Departamento de Relaciones Industriales y DANIEL PARRA HINCAPIE, Jefe del Departamento de compras y suministros, usurpando funciones que son propias del Gerente y del Jefe del Departamento Administrativo de esa empresa, acudieron, por su propia cuenta a la empresa TAPON CORONA DE COLOMBIA S.A., para manifestarle al Dr Gustavo Adolfo Quintero, Director de Mercadeo y Ventas, que venían en representación de la Industria con el fin de hacerle un pedido de un millón de tapas para las botellas de aguardiente que en dicha empresa se producen, de lo cual tenían urgencia porque se había acabado la materia prima. Para el efecto, le enseñaron la orden de compra No 08001 de fecha noviembre 19 de 1991, que a la postre resultó falsa, firmada por el Gerente y el Jefe de Suministros y en la que se autorizaba la elaboración de un millón de tapas pilfer proof para terminado de envase 28-1650, a razón de ocho pesos la unidad.

Ante esta situación, TAPON CORONA procedió a elaborar el pedido que fue entregado periódicamente, y recibido por el señor HUMBERTO TRUJILLO en el camión de la INDUSTRIA LICORERA DEL VALLE, por orden de AMPARO MUÑOZ. Obviamente las tapas nunca llegaron a las instalaciones de la industria, pues allí no se había ordenado su producción.

El pedido fue cancelado con los cheques de Gerencia Nos 7469196 y 7469276 del Banco de Bogotá, correspondientes a las cuentas particulares Nos 166-05-366-0 y 166-05480-9, títulos valores que fueron entregados por el mismo conductor de la empresa GUILLERMO TRUJILLO.

La ilícita operación se descubrió cuando TAPON CORONA S.A., al realizar la última entrega del pedido de tapas, no encontró la orden de compra que sustentara dicho pedido.

Fue con fundamento en la denuncia formulada por la Jefe de la Unidad de Procedimiento Rentístico de la Secretaría de Hacienda del Departamento, que el entonces Juzgado Octavo de Instrucción Criminal Ambulante de Cali ordenó la apertura de investigación el 20 de enero de 1992, a través de la cual evacuó numerosas pruebas, escuchó en diligencia de indagatoria a AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ a DANIEL PARRA HINCAPIE, a GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO y a Abdul Alexey Rahin a quienes les definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva para los tres primeros y se abstuvo de hacerlo respecto del último de los nombrados, en providencia del 9 de diciembre de 1992.

La Fiscalía 28 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública declaró cerrada la investigación, por primera vez, el 5 de abril de 1993 y calificó el mérito del sumario el 5 de mayo siguiente, actuación respecto de la cual fue decretada oficiosamente la nulidad por falta de defensa técnica del procesado PARRA HINCAPIE el 13 de mayo del mismo mes y año.

Subsanada la irregularidad, la investigación se declaró cerrada nuevamente el 6 de julio de 1993 y el mérito del sumario se calificó el 28 de julio siguiente, con resolución acusatoria en contra de AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ por los delitos de celebración de contrato sin observancia de los requisitos legales en concurso con falsedad material de empleado oficial en documento público y peculado por uso, este último como autora intelectual. Contra GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO como autor material del delito de peculado por uso, en concurso, y como cómplice del delito de celebración de contrato sin observancia de los requisitos legales. Y en contra de DANIEL PARRA HINCAPIE por el delito de contrato sin observancia de los requisitos legales en concurso con falsedad material de

empleado oficial en documento público. Precluyó la investigación respecto del señor Abdul Alexey Rahin.

Apelada la decisión, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante providencia del 10 de diciembre de 1993 la modificó en el sentido de acusar a AMPARO MUÑOZ RODRIGUEZ y a DANIEL PARRA HINCAPIE por el delito de abuso de función pública y no por el de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales. Así mismo revocó la acusación proferida contra GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO por la contratación sin el cumplimiento de requisitos legales, en el grado de complicidad, y en su lugar ordenó la preclusión de la instrucción por este comportamiento.

El Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali, avocó el conocimiento del asunto, celebró la diligencia de audiencia pública y dictó el fallo de primer grado que fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, conforme se dejó reseñado al inicio de este pronunciamiento y contra el cual se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

LAS DEMANDAS DE CASACION

A NOMBRE DE AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ.

Un cargo principal y tres cargos subsidiarios presenta la apoderada de la procesada contra el fallo de segundo grado, así:

CARGO PRINCIPAL.

Señala la libelista, al amparo de la causal tercera de casación, que la sentencia objeto de esta impugnación fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa de la señora AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ en la fase de instrucción del proceso y en la probatoria del juicio, la cual se deriva de los siguientes aspectos:

1.- Ausencia de defensa técnica, real y material a través de la instrucción y hasta la diligencia de audiencia pública. Para la censura, esta situación se hace palpable cuando en la diligencia de indagatoria realizada el 12 de marzo de 1992 por el Juzgado 8º de Instrucción Criminal la señora AMPARO MUÑOZ es asistida por un abogado titulado, cuya única actuación es una diligencia de reserva sumarial. Ninguna otra se produce mientras se recopila abundante prueba testimonial, se realiza inspección judicial en la Industria de Licores del Valle y se emite un dictamen grafológico del cual se corre traslado.

El 26 de noviembre de 1992 la procesada nombra nuevo defensor, y la Fiscalía le resuelve su situación jurídica sin que previamente a esta determinación, ni con posterioridad, el citado profesional hiciera algún tipo de intervención. El 16 de diciembre de ese año, sustituye el poder a otro profesional quien solicita copias.

El 20 de abril de 1993, cuando se calificó por primera vez el mérito del sumario, el defensor de turno nombra un suplente quien solicitó la revocatoria del cierre de investigación argumentando la ausencia de prueba sobre la persona que adquirió los cheques de gerencia para pagar a Tapón Corona de Colombia. La Fiscalía no accede a esta solicitud y no se presentan alegatos calificadorios.

En la segunda oportunidad de cierre de investigación, tampoco se presentan por la defensa alegatos de conclusión. Proferida la resolución acusatoria, el único sujeto procesal que la recurrió fue la parte civil.

En el término de traslado a los sujetos procesales en la etapa de la causa, tampoco aparece actividad probatoria de la defensa o solicitud de nulidad alguna.

Más adelante los abogados principal y suplente, presentan paz y salvo por concepto de honorarios.

El 28 de noviembre de 1994 el Juzgado de conocimiento reconoce al nuevo defensor

designado por la procesada, quien interviene activamente en la audiencia, la impugnación de la sentencia de primer grado y la solicitud del recurso de casación.

Conforme a lo anterior, la procesada careció de defensa técnica, real y material durante toda la fase instructiva y lo que censura es el abandono total y persistente de la misión de defender y no la actividad profesional de los defensores designados. La procesada no contó, durante la importante etapa instructiva, con la imprescindible asistencia y asesoría que le permitiera complementar y controvertir la prueba, interponer recursos, prestar alegaciones oportunas.

Advierte la demandante que la condición de abogada de su representada en nada debilita el cargo, en razón de que desde el comienzo del averiguatorio fue afectada con medida de aseguramiento de detención preventiva, situación que la colocaba en estado de indefensión.

Tampoco, la acuciosa labor del defensor que la asistió en la diligencia de audiencia pública, tiene la virtualidad de subsanar el vicio que denuncia. Lo más grave de esa carencia defensiva previa, fue privar a la procesada de contradecir el material probatorio, posibilidad que para ese momento procesal ya estaba agotada, incluso el segmento probatorio del juicio.

2- Violación del derecho de defensa, derivada de una incompleta formulación de la imputación en la diligencia de indagatoria. Según la demandante, a la señora AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ se le vinculó mediante indagatoria únicamente por hechos relacionados con una presunta celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. No fue oída en descargos en lo referente a la presunta falsedad material de empleado oficial en documento público, ni por el presunto peculado por uso.

Luego de reseñar algunos apartes de la diligencia en mención, afirma la recurrente que no se le puso de presente el documento cuestionado como falso, pese a que ya se

encontraba en el diligenciamiento. Tampoco se le informó que existía investigación por una posible falsedad en la documentación utilizada; pese a que se le tomó muestra manuscritural, no se le informó sobre este reato, ni sobre la imputación en torno al uso del carro oficial para el transporte de la mercancía.

Obtenido el examen grafológico el 15 de mayo de 1992, ningún esfuerzo realizó el instructor encaminado a escuchar a su representada acerca de este punible para preservar su derecho a la defensa. Siete meses después se resuelve su situación jurídica con medida de aseguramiento y se le afecta con ella por conductas respecto de los cuales la procesada no fue oída en indagatoria. Los mismo cargos se mantuvieron en la resolución acusatoria y en las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia.

Con fundamento en un aparte de la diligencia de indagatoria rendida por la procesada, asegura que a ésta se le interrogó única y exclusivamente por los hechos que presumiblemente estructuraban un ilícito de celebración de contratos sin observancia de los requisitos legales modalidad punitiva que con posterioridad, en la segunda instancia de la resolución calificatoria, fue sustituida por un presunto delito de abuso de función pública.

3- Aduce la actora que una falencia instructiva que concurre a justificar la nulidad, es la consistente en que no se contó con un funcionario instructor diligente que indagara tanto lo favorable como lo desfavorable. Al respecto destaca que la determinación de la persona que pagó el pedido de tapas a la empresa Tapón Corona fue ignorada, a pesar de que el funcionario contaba con elementos para indagar e inclusive proceder a la vinculación de los responsables.

Precisa entonces que pese a la información suministrada al respecto por la denunciante, en el auto cabeza de proceso y demás providencias que ordenaban la práctica de pruebas, se omite decretar prueba en relación con ese punto. Fue con fundamento en

la información suministrada por la Procuraduría que el ente investigador tuvo conocimiento de la persona que adquirió los cheques de gerencia con los cuales se canceló el importe de las tapas.

Es el 8 de febrero de 1993 cuando por primera vez se ordena una prueba en torno al tema y de manera errónea identifica con los números de los cheques de gerencia, decreto que surge equivocado y superfluo, porque ya obraba dato acerca de la agencia a la que pertenecían los cheques de gerencia y el nombre de la persona que los adquirió. Entre tanto no se emite oficio alguno.

En la resolución del 31 de mayo de 1993 se ordena el trámite de la prueba y se da cumplimiento mediante oficio del 2 de junio siguiente, lo que provoca un inútil cruce de información entre Fiscalía y Banco, pues se confundió el número de uno de los cheques con el de unas cuentas y además la información solicitada ya reposaba en el proceso.

Destaca la libelista que cuando se produjo el nuevo cierre de investigación, el instructor no se había percatado de que obraba la información acerca de la adquirente de los cheques, como tampoco el Fiscal de segunda instancia. Aún cuando dicho funcionario señaló en su providencia que la falta de esta prueba no tenía poder anulatorio porque podía ser recaudada en la fase del juicio, para la recurrente sí tiene esa capacidad, dada la trascendencia de ese aspecto en la determinación de responsabilidades y la incidencia en el rumbo del proceso.

En la etapa probatoria del juicio la parte civil solicita se oficie al Banco de Bogotá para que informe sobre el nombre del adquirente de los cheques y pese a esa petición, y a los factores anteriormente señalados en torno al conocimiento de esa información, el juzgado ordena oficiar al Banco de Occidente y al Banco de Bogotá, para que informaran sobre los números de cuentas corrientes a las que pertenecían los cheques. La juez de la

causa suspendió la celebración de la vista pública, hasta tanto no llegara dicha respuesta. Finalmente el 10 de noviembre de 1995 el Banco de Bogotá informa lo que ya se conocía en el proceso.

El 14 de agosto de 1996, después de 9 meses de haber obtenido la información, realiza la audiencia pública sin efectuar ningún esfuerzo para hacer comparecer a Nancy Valbuena Navarrete, quien aparece como la persona que solicitó los cheques. El 13 de diciembre siguiente, cuando dicta sentencia de primer grado, ordena compulsar copias para que se investigue la conducta de la citada señora, como titular de las cuentas a través de las cuales se canceló el pedido de las tapas materia de investigación.

Para la recurrente, esta compulsación de copias no tiene la virtualidad de subsanar tan injustificable falencia. Además tanta negligencia no puede sanearse a costa de los procesados y se impone el remedio procesal extremo de la nulidad.

Agrega que la vulneración aducida tiene incidencia en la sentencia de primer grado, en la que se advierte una clara incoherencia entre la imputación frente a la cual fue escuchada la procesada y la que se formula en la sentencia. Que el pronunciamiento del abogado de la defensa en la audiencia pública no reemplaza la omisión sustancial de no haberle permitido una explicación en relación con las imputaciones que se le formulaban. También que la investigación de la conducta de Nancy Valbuena Navarrete hubiese podido tener efectos en la determinación de responsabilidades, en la adecuación típica del hecho.

En la sentencia de segundo grado, que acogió la calificación jurídica elaborada por el a quo, son pertinentes los mismos reparos y además destaca que la investigación de citada señora Valbuena Navarrete, era un aspecto medular de la investigación.

Solicita se declare la nulidad a partir de la diligencia de indagatoria de la procesada, momento desde el cual se advierte una ostensible violación del derecho de defensa.

CARGOS SUBSIDIARIOS

Primero.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, acusa la sentencia por aplicación indebida de normas de carácter sustancial. Los jueces de instancia incurrieron, según ella, en error de subsunción al proferir condena por un concurso de falsedad de empleado oficial en documento público, peculado por uso y abuso de función pública, cuando no concurrían los elementos estructurales del punible contra la fe pública. Los hechos procesalmente reconocidos no encuentran plena coincidencia con los hechos condicionantes del artículo 218 del Código Penal en concordancia con el artículo 26 ibídem.

De la descripción típica de aquella disposición se deriva la imperativa concurrencia de ingredientes tales como que el sujeto activo sea calificado; que actúe en ejercicio de sus funciones; que falsifique y sea en su modalidad material; que se trate de documento público y que pueda servir de prueba.

Se refiere la casacionista al segundo de los ingredientes para señalar que la relación funcional es un elemento del tipo que debe ser sometida a comprobación, así como la calidad de servidor público. Es necesario determinar la órbita funcional del servidor público para establecer si actúa o no en ejercicio de sus funciones. Así se desprende de artículo 122 de la Carta Política que constituye un claro referente vinculante, de lo que no es posible pretender interpretaciones extensivas sobre el tema.

En la sentencia de primera instancia, a pesar de admitirse que el manejo de las órdenes de compra pertenecía a la órbita funcional de la Jefe de Relaciones Industriales, imputó la conducta, acudiendo a una interpretación incoherente y extensiva. Según prueba que es plenamente acogida por el sentenciador, aparece acreditado que el procedimiento de compra cumplía con un ciclo que en ningún momento pasaba por la Oficina del Jefe de

Relaciones Industriales.

Explica que luego de elaborada la orden de compra donde se consignaban los códigos, precios y cantidades, se citaba a un Acuerdo de Junta. El número del acuerdo y la fecha eran revisados por el Jefe de compras y suministros y el Asistente administrativo; luego firmaba el Director de departamento; de ahí pasaba al presupuesto donde se le colocaban la reserva presupuestal, los códigos de reserva presupuestal, los sellos y las firmas, De ahí pasaba a la Gerencia para la firma y luego regresaba toda la documentación al Departamento Administrativo.

Esta secuencia implícitamente la admite el sentenciador, al señalar que 'había otros funcionarios diferentes a Amparo Muñoz para contratar con particulares', pero con motivo de una distorsión del contenido del ingrediente típico, a renglón seguido sostiene el fallador que su relación de Jefe de Relaciones Industriales la colocaba en una posición de fácil acceso para la realización del hecho. Según la demandante, lo que el tipo penal exige es la realización del acto en desarrollo de una competencia funcional.

Esta situación tuvo ocurrencia desde el momento en que se definió la situación jurídica, la que fue acogida en la sentencia, no en su fundamentación, pero sí en la determinación. En ella, para imputar el punible de falsedad material de empleado oficial en documento público a DANIEL PARRA HINCAPIE, la Fiscalía invocó su condición de Jefe de suministros y compras, así como su competencia para la elaboración de esta clase de documentos - relación funcional -.

A conciencia de que esos elementos no eran predicables de AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ, efectuó la imputación aplicando el artículo 25 del Código Penal, lo que resulta desafortunado porque la comunicabilidad se predica de las circunstancias (entendido como tales un componente accidental o accesorio del delito, sin el cual puede subsistir, aunque varíe la punibilidad) y no de los elementos del injusto típico, como

lo es el ingrediente de 'en ejercicio de sus funciones', que no es una mera circunstancia. Además, no se predica del autor, sino del partícipe. Significa que el funcionario vislumbró la posibilidad de deducir la relación funcional en lo relativo a la imputación de la señora MUÑOZ RODRIGUEZ.

En la sentencia de segunda instancia, persiste el error y se introduce una doble tergiversación: el doctrinante que allí se cita es enfático en manifestar que si no existe una relación funcional entre el agente y el documento, aquél debe responder como particular. Y, confunde el ingrediente normativo 'en ejercicio de sus funciones' con el indicio de oportunidad al manifestar que su condición de Jefe de Relaciones Industriales la colocó 'en condiciones de ejecutar la adulteración (...) en la órbita de realidad y operatividad requeridos', cuando lo que el tipo exige es una órbita de relación funcional.

La incongruencia en que incurren los sentenciadores con el proceso de adecuación típica, encuentra respaldo en que se atribuye a la sentenciada, junto con el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, el de abuso de función pública, que integran a partir de una atribución de funciones de contratación que no eran propias del cargo de Jefe de Relaciones Industriales.

Para la libelista, resulta contradictorio y excluyente afirmar que un servidor público incurrió en delito de falsedad material en documento público, que demanda la necesaria relación funcional, y paralelamente en delito de abuso de función pública por arrogarse funciones de contratación que no son propias de su órbita funcional.

Una de las dos disposiciones se aplicó indebidamente y debe optarse por excluir aquella en relación con la cual no concurren todos los elementos típicos estructurales.

Segundo.

La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali es violatoria de la ley sustancial, por la vía directa, por aplicación indebida del artículo 134 del Código Penal al cual se llegó por falta de aplicación del artículo 122 de la Carta Política.

Para la recurrente la tesis de la disponibilidad jurídica, para explicar la relación que debe existir entre el agente y el objeto material del delito, se encuentra plasmada en el texto de la norma en mención, que de manera clara y contundente exige el vínculo funcional de la administración o custodia entre el servidor público y los haberes confiados.

Dice que en el fallo de segundo grado se hacen interpretaciones extensivas que resultan violatorias de la norma en mención. Para respaldar su aserto, aduce que la doctrina nacional, de la cual extrae algunos apartes, es uniforme en sostener la necesidad de que la tenencia del bien indebidamente usado o apropiado, ingrese a la órbita funcional del servidor público. Lo que demanda el tipo para su legítima imputación es una relación funcional reglada entre el agente y los bienes que custodia o administra de hecho o meramente ocasional. Refiere además lo consignado en las actas de la comisión redactora del código y lo estipulado en el artículo 122 de la Carta Política.

El fallador de segundo grado admite que la relación funcional de los vehículos, la tenía el Jefe de Transportes de la Industria Licorera del Valle y que dentro de la órbita funcional de la Jefe de Relaciones Industriales no estaba esa disponibilidad y que por ello en principio aparece admisible la tesis de que no podía ser sujeto activo de un eventual peculado por uso indebido de un camión. Sin embargo concluye afirmando que por su condición de directiva de la entidad, MUÑOZ RODRIGUEZ poseía una 'administración y custodia formal y material, aunque de carácter temporal'.

Esta laxitud interpretativa resulta extraña a la exigencia constitucional, en el sentido de que las funciones de los empleos públicos deben estar detalladas en la ley o los

reglamentos y al ingrediente normativo 'cuya administración o custodia se le haya confiado en razón de sus funciones', contenido en el artículo 134 del Código Penal.

Tercero.

Afirma la libelista que a causa de la errónea adecuación típica en que incurrieron los sentenciadores, a partir de la violación de normas de derecho sustancial, se incurrió en violación directa, por falta de aplicación, del artículo 68 del Código Penal.

En un proceso de adecuación típica, acorde con la ley, se hubiese colocado a la procesada en posibilidad de acceder al otorgamiento del beneficio que esa norma contempla pues el monto punitivo se ajustaría a los requerimientos del artículo 68 en referencia. La pena, en efecto, no podría superar los 36 meses de prisión y el único artículo que no fue objeto de ataque - 162 del Código Penal - tiene señalada una pena de 1 a 2 años de prisión.

En cuanto al aspecto subjetivo, la conducta individual, familiar y social de la señora AMPARO MUÑOZ permiten confiar de manera fundada, que resulta más provechoso para ella y la colectividad, sustraerla de la reclusión, que conminarla a cumplir la pena, en un centro carcelario. Además carece de antecedentes penales y contravencionales, según el artículo 248 de la Carta Política.

En consecuencia solicita, revocar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, declarando que se dictó con violación de los artículos 218, 134 y 68 del Código Penal, por aplicación indebida, y que se profiera la sentencia que en derecho corresponda, ajustada a un correcto proceso de adecuación típica y con las consecuencias que de él se deriven en el ámbito de la libertad de la sentenciada.

A NOMBRE DE DANIEL PARRA HINCAPIE

PRIMER CARGO

Al amparo de la causal segunda de casación señala la demandante que se menoscaba el derecho a la defensa al dictarse una sentencia en desacuerdo con la resolución de acusación en primera instancia o introducir una nueva modificación, ya que al procesado se le condena por un cargo, del cual no se le ha acusado, ni se le ha indagado. Solo la calificación genérica del delito es la que no se puede desconocer en la sentencia.

Los jueces incurrieron en error al resolver la situación jurídica de los implicados, mediante las resoluciones acusatorias de mayo 5, julio 28 y diciembre 10 de 1993, entre las cuales no existe concordancia porque no es posible que en un proceso se le llame al sindicado por delitos distintos, calificados en la primera etapa investigativa, o se le modifiquen unos por otros, sin antes habersele dado la oportunidad de defenderse.

Explica la demandante que en la providencia del 10 de diciembre de 1993, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, confirma la acusación contra los vinculados, pero introduce una modificación esencial en relación con la calificación jurídica impartida en primera instancia. En lugar de llamar a juicio por el presunto punible de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales lo hace por el de abuso de función pública, en relación con AMPARO MUÑOZ y DANIEL PARRA HINCAPIE.

La disparidad está en que en las dos primeras resoluciones de acusación se llama a PARRA HINCAPIE por los presuntos delitos de celebración indebida de contratos y en la sentencia se le condena por el delito de abuso de función pública, por el cual nunca se le indagó al procesado.

El sentenciador de segunda instancia acoge en su integridad la providencia del a quo sin hacer ningún reparo acerca del reato de abuso de función pública.

Solicita se case la sentencia impugnada por cuanto se le imputó al procesado un delito no

contemplado en la resolución de acusación.

SEGUNDO CARGO.

Señala la casacionista que la sentencia objeto del recurso fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa, tanto en la fase de instrucción como en la etapa probatoria del juicio.

PARRA HINCAPIE se queda sin defensa técnica debido a la renuncia del abogado, la cual nunca fue allegada al proceso. En una de las etapas más importantes como la calificación del mérito del sumario, el 5 de abril de 1993, se encontraba en abandono total, no se solicitó la práctica de prueba alguna, no se presentaron argumentos previos a la definición de la situación jurídica y no se interpusieron recursos.

En la diligencia de indagatoria rendida por su representado no se le formuló pregunta alguna acerca de la firma estampada en la orden de compra No 08001, tratándose de una fotocopia simple para entrar a establecer, posiblemente, una falsedad de empleado oficial en documento público o abuso de función pública. De esa insuficiente indagatoria se le definió la situación jurídica por los delitos de celebración de contrato sin observancia de los requisitos legales, falsedad de empleado oficial en documento público, por los cuales no se escuchó en descargos al procesado.

Destaca la libelista que en la diligencia de indagatoria rendida por DANIEL HINCAPIE estuvo asistido por un abogado que se limitó a solicitar copias de lo actuado; tampoco interviene para controvertir las pruebas testimoniales, la inspección judicial y el dictamen de grafología, que recopiló el juzgado.

El 13 de mayo de 1993, cuando la fiscalía decide decretar la nulidad a partir del cierre de investigación, inclusive, por haberse quedado el procesado sin defensa técnica, se le nombra un defensor de oficio, el cual no ejecutó ninguna tarea que denotara interés alguno

en la defensa. Tampoco se produjo intervención de ninguna naturaleza, ni antes ni después de que se resolviera la situación jurídica de su defendido, ni cuando se profirió la resolución de acusación del 29 de julio de 1993. Desde esta fecha, hasta el 24 de abril de 1995, cuando nombra apoderada, estuvo totalmente desprotegido del derecho de defensa.

Para la casacionista, hubo un abandono total de la misión de defender y en la importante etapa instructiva no contó con la asistencia y asesoría que le permitiera defenderse de todos y cada uno de los cargos imputados.

Agrega que la ausencia de defensa se evidencia por cuanto no hubo más esclarecimiento de los hechos por parte del instructor para así descubrir nuevos responsables.

Es lo que sucede con la información de que la fabricación de las tapas fue cancelada con cheques de gerencia, pertenecientes al Banco de Bogotá, respecto de lo cual no aparece decreto probatorio alguno, aún conociendo el investigador, por otras fuentes, quién fue la persona que adquirió los cheques.

No se solicitaron pruebas, ni se presentaron alegatos para desvirtuar la afirmación “con la imitación de algunas firmas de funcionarios de la I.L.V.” contenida en la providencia del 9 de diciembre de 1992.

Es con posterioridad al segundo cierre de investigación que se ordena el trámite de pruebas sobre cheques y se produce entre Fiscalía y Banco un cruce de información absurda en razón de que se confunde el número de los cheques con el de una de las cuentas, e inútil porque la información que se pide ya reposa en el proceso.

Si el funcionario instructor hubiese aprovechado esa información, se habrían podido establecer nuevas responsabilidades dentro de la actuación.

No obstante que en el proceso se conoce el nombre de la persona que solicitó los cheques de gerencia, desde enero de 1992, cuando se formula la denuncia sobre esos títulos valores, nada hace el juzgado para hacerla comparecer.

En la sentencia de primer grado se ordena compulsar copias para que se investigue la conducta de la señora Nancy Valbuena Navarrete, como titular de las cuentas a través de las cuales se canceló el pedido de las tapas materia de investigación.

Según la casacionista, existe una incoherencia entre los hechos por los cuales se le vinculó mediante indagatoria a DANIEL PARRA HINCAPIE y la sentencia condenatoria de primer grado que fue confirmada en segunda instancia, donde habiendo oído al procesado por una posible celebración de contratos sin la observancia de los requisitos legales, posteriormente se le condena por abuso de función pública y falsedad material de empleado oficial en documento público, por los cuales no fue escuchado en indagatoria.

Por lo anterior solicita se decrete la nulidad del proceso a partir de la indagatoria del procesado.

TERCER CARGO

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, formula tres reproches a saber:

1.- El sentenciador incurrió en error de derecho por errónea apreciación del dictamen pericial, otorgándole el valor de plena prueba del delito de falsedad material en documento público, que se allegó y valoró con claro desconocimiento de los artículos 29, 83 y 85 de la Carta Política, 246,247,248,249,254 y 274 del Código de Procedimiento Penal y 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil.

El concepto rendido por el perito de mayo 15 de 1992 no tiene el mérito intrínseco que lo

eleva a plena prueba, porque se le dio validez jurídica a un documento que reposa en el expediente en fotocopia simple y no sobre el original, “lo que constituye un error gravísimo por las ciencias de las investigaciones documentarias, yerro demasiado protuberante relativo al cuerpo del delito”. Además porque entraña un simple aporte grafológico, por tratarse apenas de uno de los medios de cuantos se han ideado y se practican para estudiar documentos hechos a mano o caligrafiados, abandonando los métodos científicos que de manera objetiva buscan demostrar la autenticidad o inautenticidad de un escrito.

Al respecto explicó que el perito comparó las partes que ofrecen duda en el documento materia de investigación, con el material gráfico enviado en calidad de modelo incontrovertible, a partir de lo cual concluyó que son apócrifas las firmas del Jefe de suministros y Gerente de la Industria Licorera del Valle. El documento fue analizado desde el ángulo grafológico, descuidando otros enfoques que son los llamados a dar solidez y certeza a las conclusiones. Lo grave de esa situación es que sirvió a los fallos de primera y segunda instancia, que le dieron el valor de plena prueba, cuando el mismo se produjo en forma incompleta.

El dictamen pericial, recuerda la libelista, debe ser estudiado cuidadosamente, relacionándolo con otros medios probatorios y en determinados casos puede dársele pleno valor.

2.- Considera la censorsa que el fallo impugnado es violatorio de la ley sustancial de manera indirecta, por “error de derecho sobre la figura delictiva”. Explica que a consecuencia de un falso juicio en la apreciación del dictamen pericial, el sentenciador le dio al fallo un valor que en realidad no tiene “engendrando el error sobre la existencia del cuerpo del delito de falsedad en documento público” vulnerando los artículos 218 y 26 del Código Penal y 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de transcribir apartes de los fallos de primer y segundo grado, afirma la recurrente que al proceso no se trajo nunca el original de la factura adulterada, sino una fotocopia; que la prueba de grafología no comprendió el estudio y cotejo integral de la misma con la dubitada, con lo cual el punto en debate se hubiera esclarecido. Con todas estas precariedades y falencias, es fácil inferir que la factura No 08001 que utilizó para efectuar el pedido ilícito no corresponde exactamente con la original anulada el 23 de abril de 1992 y que ostenta el mismo número.

Según el informe de grafología la firma del citado es suplantación; producto de una imitación, no se sabe quien imitó la firma y la prueba sobre la materialidad del ilícito, que consiste en haber imitado la firma, reposa exclusivamente sobre el dictamen pericial, el cual es insostenible a la luz de la lógica, la ciencia y la investigación y la sentencia no razonó ese dictamen, para darle plena aceptación como era su deber, de acuerdo con los artículos 246 y 254 del Código de Procedimiento Penal.

En su sentir, si el sentenciador hubiera discurrido sobre un juicio razonable acerca del valor probatorio, hubiera concluido que no está plenamente demostrado el cuerpo del delito y en consecuencia que no hay responsabilidad penal.

El documento allegado al proceso como prueba fundamental no solo no fue falsificado como lo demuestra la experticia grafológica, sino que ninguno de los elementos de juicio demuestra que los procesados si la firmaron.

3.- Este lo hace consistir en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal. Según la libelista, si el sentenciador no hubiese incurrido en tantos errores, su defendido solo hubiera sido procesado por el delito de abuso de función pública, que lo hubiera hecho merecedor del beneficio en la norma consagrado. Su personalidad, modalidades del hecho y naturaleza, permiten suponer que no requiere tratamiento penitenciario y además carece de antecedentes penales.

Solicita en consecuencia de lo anterior, casar la sentencia y absolver al procesado por violación indirecta del artículo 218 del Código Penal y violación directa del artículo 68 ibídem y a consecuencia de ello, proferir la sentencia que en derecho corresponda.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

La apoderada de la parte civil hace una mención global de los argumentos plasmados en el fallo recurrido, para señalar que dicha decisión obedeció a un análisis detallado del acerbo probatorio obrante en las diligencias, que no admite ninguna duda sobre el acierto del Tribunal al confirmar el fallo del a quo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Antes de conceptuar sobre las demandas de casación, señaló esa representación del Ministerio Público que en su criterio algunos delitos por los cuales se condenó en las instancias se encuentran prescritos, aclarando al mismo tiempo que no comparte la forma en que, la jurisprudencia de esta Corporación, ha venido contabilizando el tiempo de prescripción cuando se trata de las circunstancias previstas en los artículos 81 y 82 del Código Penal, esto es, en tratándose de servidores públicos y cuando el delito ha comenzado su ejecución o consumación en el exterior.

En su criterio, para el caso de los procesados AMPARO MUÑOZ RODRIGUEZ y DANIEL PARRA HINCAPIE, el término definitivo de prescripción para los delitos de abuso de función pública y peculado por uso sería de cinco años que resultan de tomar el máximo de la pena contemplada para cada tipo penal y sobre ella realizar el incremento de una tercera parte por tratarse de empleados oficiales, los cuales, contados a partir de la resolución de acusación de fecha 10 de diciembre de 1993, se cumplieron el 10 de diciembre de 1998. Incluso el fenómeno de la prescripción ocurrió con anterioridad a la fecha en que la Colegiatura ajustó la demanda, esto es, el 10 de marzo de 1999, motivo

por el cual dicho auto se tornaría irregular y ello generaría la nulidad parcial del mismo y la consiguiente cesación de procedimiento para los procesados cuya condena contempla estos ilícitos.

Destaca el Procurador Delegado que si bien su criterio es diferente a la contabilización que de los términos tiene esta Corporación, la misma es restrictiva y con ella se prolonga el término de prescripción, en especial cuando concurren las circunstancias de las normas ya citadas. Por tal motivo invita a la Corporación a que se modifique el criterio por ser fruto de una interpretación restrictiva de la ley y desfavorable al procesado, que no contribuye a la diligencia y prontitud con que deben ser adoptadas las decisiones, que en gran cantidad de casos están privados de su libertad, para el cual el término de prescripción en la etapa del juicio viene a ser igual al de la fase sumarial.

El criterio mayoritario de esta Corporación es restrictivo en la medida que se está aplicando dos veces una misma circunstancia; así, cuando el delito se ha cometido en el país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, estima la Delegada que el método correcto es el ya explicado, porque primero obliga a contabilizar el término correspondiente a la prescripción para la etapa sumarial previsto en el artículo 80 y luego sí, realizar el estimativo con respecto al pertinente en la etapa del juicio conforme al artículo 84 y no como lo hace la Corte en su sala mayoritaria, contabilizando todas las agravantes en el término de prescripción en la fase del sumario y aplicándolas nuevamente, en lo que respecta a los artículos 81 y 82, al resultado final de la fase del juicio, con lo que se hace más gravosa la situación del procesado.

Por parte alguna de la normatividad se ha establecido que para el conteo en la etapa del juicio se tendrán en cuenta nuevamente las circunstancias previstas en los artículos 81 y 82 del Código Penal, pues no resulta lógico que tras determinar el término definitivo de la etapa del sumario, vuelva a jugar una circunstancia que ya incidió para inferir en la

etapa de la causa, pues la única forma autorizada por la ley, acorde con el citado artículo 84, es establecerlo dependiendo de la mitad del fijado en el artículo 80 que es el de la etapa sumarial, con un tope máximo y mínimo, y sin más aditamentos.

Por otro lado, el término de duración de la prescripción no puede ser igual, en principio, en la fase sumarial y del juicio, salvo que haya coincidencia en el límite mínimo de cinco años. La filosofía que inspira a las normas que regulan el asunto, es la de que definitivamente la etapa del juicio se debe desarrollar en un término inferior a la del sumario. Así lo ha entendido esta Corporación, agrega el Delegado, según se ha precisado en las últimas jurisprudencias, al precisar que el término máximo de prescripción en la fase del juicio es de 10 años y no de 20 como lo establece el artículo 80 del Código Penal.

La situación se torna más compleja respecto de los delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas que tienen previstas penas más graves.

Esa representación del Ministerio Público, fundamentada en esos razonamientos así como en los motivos consignados en un salvamento de voto a la sentencia del 23 de septiembre de 1998, solicita se reconsidere la actual posición jurisprudencial y se proceda a decretar la cesación de procedimiento, con y la nulidad parcial del auto del 19 de marzo de 1998, por los motivos señalados al inicio de este acápite.

DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE LA PROCESADA AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ.

CARGO PRINCIPAL

En cuanto a la primera pretensión que realiza la casacionista con estribo en la causal tercera de casación, y que hace consistir en la falta de defensa técnica, inicia la Delegada señalando que no se comprende por qué sus efectos los remonta hasta la diligencia de descargos, cuando aceptó en sus fundamentos que en esa diligencia la procesada contó

con la debida asesoría técnica y que la desatención de la defensa se presentó con posterioridad. Se aparta del sentir de la libelista cuando afirma que la defensa fue formal y nominal y que la inactividad en la etapa instructiva, no fue fruto de una estrategia defensiva y aparte de ello no desarrollo el cargo de manera efectiva (demostrando que no hubo ejercicios que pudieran catalogarse como estrategia defensiva o que existiendo resultaron ser insulsos).

Tras demostrar, conforme a la actuación procesal, que la actuación no ocurrió como lo plantea la libelista, concluye que no existen elementos de juicio tendientes a establecer el abandono del cargo de defensor cuando lo que se evidencia es precisamente lo contrario, lo que sería suficiente para descartar la nulidad solicitada.

El segundo aspecto resaltado por la casacionista y que hace consistir en la supuesta falta de imputación fáctica y jurídica en la indagatoria de los cargos por los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público y peculado por uso, destaca la Delegada cómo de la imputación principal que se le hace a la procesada, exclusivamente se le cuestiona por la atribución funcional abusiva cuando, de acuerdo con las preguntas anteriores se entiende que no era de su órbita funcional encargarse de las compras de la entidad pues su cargo se relacionaba básicamente con el manejo de personal. El simple hecho de referirse a la orden de compra 08001 sin decir ni siquiera que se había falsificado, no evidencia de manera clara y precisa la imputación de un delito de falsedad, al no indagarse sobre su posible participación en el acto de falsear la citada orden de compra o que tuviera conocimiento de que alguien lo hubiera hecho o que se hubiera utilizado como medio para dar visos de legalidad a la negociación con el Gerente de "Tapón Corona de Colombia S.A.". Además, es la única pregunta que se formula en relación con esa conducta de la procesada.

No sucede lo mismo con respecto al delito de peculado, pues del contenido de la misma indagatoria se extrae que la procesada no solamente comprendió la pregunta, sino que

se le hizo una imputación concreta por su participación en ese ilícito, por haber dado la orden de trasladar en un vehículo de la Industria de Licores del Valle, a cargo de GUILLERMO TRUJILLO, las tapas adquiridas ilícitamente.

Considera la Delegada que la falta de imputación fáctica por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público generó que la procesada no se pudiera defender de esa conducta y a su juicio es constitutivo de nulidad, por lo que se debe restablecer la actuación para darle la opción de que presente sus descargos en relación con esa imputación.

Aclara también que esta falencia no se subsana ni por la condición de abogada de la procesada ni por habersele tomado en la indagatoria muestras manuscriturales lo cual se realizó luego de finalizada la diligencia.

En cuanto al tercer aspecto que la casacionista presenta como fundamento de la nulidad por no haberse vinculado en la etapa instructiva a la persona que giró los cheques con los cuales se canceló el pedido irregular de las tapas, es un aspecto que es atribuible a la violación del principio de investigación integral por falencias en el desempeño de la función instructora, y por tanto, marcha por senda distinta a la propuesta inicialmente, no siendo posible que una logre suplir a la otra.

No obstante, la irregularidad denunciada no tiene, por sí misma, la capacidad de generar nulidad en el proceso, salvo que se demuestre que la falta de vinculación afectó las garantías fundamentales del procesado, lo que en absoluto efectuó la casacionista. Tampoco estableció de qué manera la prueba omitida trascendió en el fallo. De todas maneras, la carga probatoria contra la procesada es abundante y además la responsabilidad penal es individual.

CARGOS SUBSIDIARIOS

Primero.

Estima la Delegada respecto del cargo propuesto por falta de aplicación de los artículos 218 y 26 del Código Penal, por la vía directa, que su demostración no corresponde con el tipo de responsabilidad que en las sentencias se atribuyeron a los procesados MUÑOZ RODRIGUEZ y PARRA HINCAPIE.

Conforme a lo consignado en el fallo de primera instancia, ninguna incidencia tiene la calidad o su relación con las funciones, pues los sujetos implicados determinaron a otro u otros a la comisión del ilícito de falsedad porque requerían el documento para perfeccionar el engaño para adquirir las tapas, responsabilidad que conforme al artículo 23 del Código Penal se asimila a la del autor, en el que no juegan las condicionantes típicas para el determinador, sino para el determinado.

Entonces, la discusión propuesta por la actora resulta insignificante.

Segundo.

Estima también en este cargo, al igual que el anterior la discusión se torna intrascendente conforme al tipo de responsabilidad que se le atribuyó a la condenada a la que, desde los albores del proceso, siempre se le ha recriminado a título de participación como autora intelectual o determinadora de ese delito, por lo que ninguna incidencia tiene el análisis de los elementos típicos del delito.

Tercero.

Para la Procuraduría, este cargo ha sido construido de manera antitécnica por la libelista quien alega que se ha quebrantado el artículo 68 del Código Penal por falta de aplicación, pues parte del postulado de que se satisfacen los requisitos en ella contenidos por la procedencia de los reproches anteriores, lo que en efecto no sucede y por lo tanto

estima innecesaria cualquier otra consideración.

A NOMBRE DE DANIEL PARRA HINCAPIE

PRIMER CARGO.

Destaca la Delegada, las grandes falencias de orden jurídico que presenta este cargo.

Para iniciar, la libelista presenta una entremezcla de fundamentos que si bien tienen relación con la causal tercera, corresponden a demostraciones diversas que le imponían desarrollarlas de manera separada. Además resulta inexplicable que, con apego a la causal segunda, se proponga demostrar una supuesta inconsonancia entre las resoluciones acusatorias y los fallos de instancia, lo que denota un vacío jurídico en materia de funcionamiento del proceso penal y de principios como la doble instancia, la ejecutoriedad y modificabilidad de los actos procesales, los efectos de la nulidad y otros afines de naturaleza constitucional y legal. El cotejo, debe hacerse es respecto de la última resolución acusatoria en firme y la sentencia de segunda instancia.

Estima la Delegada que el cargo no debe prosperar, no sin antes señalar que en ninguna inconsonancia se incurrió cuando los cargos contenidos en la sentencia, son idénticos a los plasmados en la resolución acusatoria del 10 de diciembre de 1993, respecto de todos los procesados.

SEGUNDO CARGO

Para la Delegada este reproche es una mezcla indescifrable de conceptos, lo que resultaría suficiente para demeritarlo. No obstante, en virtud de la posibilidad prevista en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal estima necesario ampliar sobre los tres aspectos generantes de la nulidad planteada, dado que los fundamentos son iguales a los de la primera demanda.

Llama la atención inicialmente en que desde ningún punto de vista era posible equiparar los efectos de las pretensiones de nulidad ni fijarlos a partir de la diligencia de indagatoria.

En cuanto a la violación del derecho de defensa del procesado PARRA HINCAPIE por no haber contado con una defensa técnica eficaz y, porque se verifica un abandono del encargo que lo perjudicó irremediablemente, la Delegada considera que sí se vulneró esta garantía porque respecto de este procesado, a diferencia de lo ocurrido con la señora MUÑOZ RODRIGUEZ, no existió ningún desarrollo de actividad defensiva, aparte de la diligencia de audiencia pública, que haga suponer que los defensores planearon algún tipo de estrategia defensiva.

Así, en la etapa instructiva, el abogado encargado aparte de asistirlo pasivamente en la diligencia de indagatoria, no realizó ninguna actividad en ejercicio del derecho de postulación, de contradicción o de impugnación; ni siquiera se notificó de la providencia por medio de la cual se le definió la situación jurídica y solo hasta cuando se calificó por primera vez el sumario, se reconoció la falta de defensa y se decretó la nulidad.

Designado el nuevo defensor, se reabrió la etapa instructiva, se surtieron las etapas procesales consiguientes inclusive hasta cuando venció el término probatorio del juicio, momento en el que solo se había notificado personalmente de la resolución acusatoria. Desde la antesala de la diligencia de audiencia pública, el procesado designó como defensora a quien ahora recurre en casación.

Con lo anterior, estima el Procurador Delegado que se vulneró el artículo 29 de la Carta Política y el 304 numeral 3º del Código de Procedimiento Penal.

La Delegada, en desacuerdo con la posición de esta colegiatura, considera que esa sola verificación de la inactividad por espacios físicos y materiales no puede encuadrar en una estrategia defensiva y resulta suficiente para demostrar la afectación de la garantía, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de posibles hipótesis defensivas, porque el

problema no radica en cómo se debió actuar, sino en que no se actuó, lo que por sí solo desencadena la nulidad deprecada, la cual estima debe decretarse desde el cierre de investigación en orden a asegurar debidamente el derecho de defensa del procesado PARRA HINCAPIE.

La otra propuesta de nulidad, dice la Delegada, según se extrae de su contenido, radica en la falta de imputación de los cargos por los cuales fue condenado el procesado a quien únicamente se le cuestionó por el de celebración indebida de contratos, que luego fue sustituido por el de abuso función pública.

La casacionista comprende que la imputación de cargos en la indagatoria debe ser fáctica y no jurídica. Que conforme al contenido de la referida diligencia, no cabe duda que fácticamente se le imputó cualquiera de las conductas endilgadas, excepto lo concerniente al delito de falsedad de empleado oficial en documento público, como también ocurrió con la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ. No se encuentra alusión alguna al hecho concerniente a ese delito, o a sus ingredientes típicos, o al acto fundamental de haberse falsificado la orden de compra utilizada para darle visos de legalidad a la adquisición de tapas y por lo tanto el procesado no tuvo oportunidad de defenderse de dicha imputación en la indagatoria.

Aclara que si en la declaración que se le recibió al procesado o la rendida en diligencia preliminar ante la Contraloría se hicieron ese tipo de imputaciones, ello no posee la virtualidad de subsanar el vicio, teniendo en cuenta que fue rendida bajo la gravedad del juramento y no bajo la libertad total, sin apremio y juramento como en una indagatoria.

Sin embargo, la versión suministrada ante la Contraloría el 27 de enero de 1992, fue ratificada expresamente en la diligencia de indagatoria, al punto que el procesado reconoció su firma y no desmintió su contenido. Por lo tanto se entiende incorporada y

como en ella se hizo la imputación fáctica por el delito de falsedad, la presunta irregularidad no se configuró en el proceso.

En cuanto a la irregularidad por falta de vinculación de la titular de los cheques con los que se cancelaron las tapas, la Delegada se remite a lo expuesto en la respuesta dada en la demanda anterior y adiciona que no procede por carecer de demostraciones suficientes orientadas a su trascendencia en la órbita de las garantías fundamentales.

TERCER CARGO

1. En éste cargo consistente en violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, por falso juicio de legalidad, estima la Delegada que la libelista incurrió en múltiples falencias que impiden su prosperidad.

Debido al grado de confusión y contradicción que se revela no se alcanza a comprender si se trata de un falso juicio de convicción o de legalidad, ya que ocasiones hace alusión a uno y otro motivo. Además no es posible que respecto de una misma prueba se puedan predicar al mismo tiempo los dos falsos juicios señalados, pues cada uno merece tratamiento separado.

Si lo que pretendía la casacionista era desvirtuar la responsabilidad de su representado frente al delito de falsedad de empleado oficial en documento público incurre en otra insalvable falencia de no atacar en su totalidad los medios de convicción de tipo indiciario,

reseñados en las sentencias de instancia. De ahí que, frente a una eventual prosperidad de la tacha contra la apreciación de la prueba pericial, los restantes medios de persuasión son suficientes para dejar incólume el fallo.

2. En cuanto a la censura por "...error de derecho sobre la figura delictiva..." dice el

representante del Ministerio Público que se patentiza aún más el desconocimiento de las pruebas básicas de este medio extraordinario de impugnación, en la medida que se torna más ininteligible, confuso e incoherente. No desarrolla el cargo, habida cuenta que el acápite atinente a su demostración, lo dedica a transcribir los fundamentos de los fallos de instancia en lo relativo a la responsabilidad por el delito de falsedad. A todo ello se suma la alusión que hace al error de hecho por falso juicio de identidad, por violación a las reglas de la sana crítica, de lo que no se puede concluir otra cosa más que su improsperidad.

3. En cuanto a la censura orientada a solicitar la aplicación del artículo 68 del Código Penal por violación indirecta de la ley sustancial, para que se conceda al procesado la condena de ejecución condicional adolece de los mismos defectos advertidos en la primera demanda. Su prosperidad está supeditada a la viabilidad de los cargos anteriores que formuló y por tanto éste debe correr la misma suerte de aquellos, al caerse de su peso el argumento de que se satisface el requisito objetivo contenido en la precitada norma.

Solicita conforme a lo anterior, que la Colegiatura variando la jurisprudencia, case parcialmente la sentencia, decretando la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal de los delitos de abuso de función pública, para los procesados recurrentes y del peculado por uso respecto de AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ, haciéndolo extensivo al no recurrente GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO, previa declaratoria de nulidad del auto por medio del cual se ajustaron las demandas, en lo tocante a esos delitos.

En caso de no acceder a ese pedimento, se case parcialmente la sentencia decretando la nulidad parcial, por violación del derecho de defensa (falta de imputación de cargos en la indagatoria) en lo que respecta al delito de falsedad material de empleado oficial en documento público a favor de la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ, a partir de

la resolución acusatoria por medio de la cual se cerró la investigación. Por otra parte, de oficio, se case parcialmente la sentencia, decretándose la nulidad de lo actuado a favor del procesado DANIEL PARRA HINCAPIE, a partir del mismo momento procesal, por falta de defensa técnica en la fase del sumario y en la del juicio.

Desestimar los demás cargos.

CONSIDERACIONES

PRESCRIPCION DE LA ACCION.

La Corte se ocupará de dar respuesta a la solicitud elevada por el señor Procurador Delegado en lo Penal en cuanto a la posibilidad de cesar procedimiento por prescripción de la acción penal, respecto de los delitos de abuso de función pública, por los cuales fueron condenados los procesados AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ y DANIEL PARRA HINCAPIE y peculado por uso respecto de AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ y GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO.

Propone el representante del Ministerio Público que esta Corporación cambie su criterio en torno a la contabilización del término de prescripción cuando concurren las circunstancias contenidas en los artículos 81 y 82 del Código Penal, por resultar restrictiva y porque con él se prolonga dicho término.

Entonces, según esa propuesta, el incremento para estos casos sería sobre el máximo de la pena contemplada para cada tipo penal y no sobre los cinco años que como mínimo establece el artículo 80 del Código Penal sumatoria que, en el caso que nos ocupa, arrojaría un término de prescripción de cinco (5) años, los cuales se habrían cumplido el 10 de diciembre de 1998.

El contenido de los artículos 80 y 82 del Código Penal no permite realizar interpretación

distinta a la sostenida por la Sala desde tiempo atrás. Esto es, que el término de prescripción de la acción desde la comisión del hecho, hasta la ejecutoria de la calificación del mérito del sumario, es de cinco (5) años y que en caso de haber sido cometido dentro del país, por servidor público y en ejercicio de sus funciones debe realizarse el incremento en una tercera parte, lo cual arroja un total de seis (6) años y ocho (8) meses.

Ejecutoriada la resolución acusatoria, el tiempo empieza a correr nuevamente por un periodo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, caso en el cual no podrá ser inferior a cinco (5) años.

En otras palabras, cuando la pena privativa de la libertad sea inferior a cinco (5) años, como en los casos de abuso de función pública o del peculado por uso, el mínimo queda fijado, automáticamente, en cinco (5) años, a partir de la cual debe realizarse el incremento de la tercera parte. Cuando el artículo 84 del Código Penal habla de la mitad del término previsto en el artículo 80, dejando el mismo mínimo, éste no puede ser menor al tope mínimo allí fijado y respecto del cual se deben tener en cuenta las circunstancias concurrentes.

Lo anterior obedece a que, como en anterior oportunidad lo había plasmado la Sala, es "...ilógico que la distinción sea solamente para el sumario y se deseche en el juicio, cuando las razones de dificultad que ameritan que el Estado tenga un tiempo mayor para investigar y juzgar esa clase de hechos, siguen siendo las mismas. Aún más, el término de prescripción para un delito iniciado o consumado en el exterior, o cometido en el país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, no lo fija el artículo 80, situación que llevaría a decir que la disminución de que trata el artículo 84 no se aplica a esos casos, pues en realidad para ellos el término de prescripción de la acción está dado por la integración de los artículos 80 y 81 y 80 y 82. Como el artículo 84 es posterior, se entiende que se aplica a los eventos anteriores, pero siempre y cuando su lectura sea completa".¹

Debe entenderse que el artículo 80 del Código Penal fija es el término mínimo – y máximo – para la contabilización del término de prescripción y en ningún momento se remite al lapso de duración de la pena contenida en cada delito.

En estas circunstancias, el fenómeno prescriptivo no ha operado en el asunto que se examina, si se tiene en cuenta que la resolución de acusación cobró ejecutoria el 10 de diciembre de 1993, fecha a partir de la cual no ha transcurrido en su totalidad el término de seis (6) años y ocho (8) meses, en el cual prescribirían los delitos de abuso de autoridad y peculado por uso.

LAS DEMANDAS DE CASACION.

A NOMBRE DE AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ.

CARGO PRINCIPAL.

Con fundamento en la causal tercera de casación, aduce la casacionista que a su representada se le vulneró el derecho a la defensa durante toda la fase de instrucción del proceso y la probatoria del juicio.

Algunos reparos de orden técnico amerita la forma como fue desarrollado este reproche, al involucrar la casacionista distintos aspectos que debieron formularse de manera separada, con especificación de la clase de irregularidad, cuando son diversas las omisiones y yerros que se demandan y si ellos afectan la defensa técnica o el debido proceso, así como la etapa procesal desde la cual debe invalidarse la actuación.

Tres son los reproches que bajo este mismo cargo elevó la censora, así:

1. Ausencia de defensa técnica, real y material.

Aduce que desde el momento de la indagatoria la única actividad que se presentó por parte de uno de los apoderados de la procesada, fue la solicitud de revocatoria del cierre de investigación lo que, a su juicio, revela un abandono total y persistente en la misión de defender y, por ende, la falta de una asesoría que le permitiera complementar y controvertir las pruebas, interponer recursos y presentar alegaciones oportunas.

El reproche así formulado no cumple con las exigencias necesarias para la demostración de la ausencia de defensa técnica. Omitió la libelista indicar expresamente cómo debió encaminarse la actividad profesional de tal manera que beneficiara la situación jurídica de su representada. No basta con señalar simplemente que el respectivo abogado no actuó a lo largo del trámite procesal y comenzar a elevar críticas en abstracto; lo importante es demostrar cómo en realidad esa conducta omisiva del profesional resultó lesiva a los intereses del procesado, pues la simple disparidad de criterios en la forma como debió asumirse la defensa, no significa por sí sola que se ha violado dicha garantía constitucional.

Ahora bien; del contexto de la actuación procesal resulta palmario que la denuncia de irregularidades hecha por la casacionista no es acorde con lo que aquella evidencia. Es cierto que durante la etapa instructiva y la probatoria del juicio, los distintos profesionales del derecho que representaron a la procesada MUÑOZ DE RODRIGUEZ contaron con innumerables oportunidades para intervenir en la actuación y que en la mayoría de las veces adoptaron una actitud pasiva la cual, no obstante, no puede llegar a encasillarse como un abandono total y persistente en la misión de defender.

El primer defensor, quien la asistió a la diligencia de indagatoria se notificó de la medida de aseguramiento proferida contra la procesada y solicitó copias del proceso. Luego, el profesional del derecho a quien le fue sustituido el poder, además de solicitar copias de la actuación, deprecó el cierre de investigación, asistió a una diligencia de declaración jurada e intervino en ella, nombró defensor suplente, solicitó la

revocatoria del cierre de investigación en aras de que se practicara una prueba que ya estaba ordenada, interpuso apelación contra el calificadorio de mayo 5 de 1993 cuya sustentación no pudo realizar en virtud de haberse decretado la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación y finalmente se notificó personalmente del nuevo calificadorio proferido el 28 de agosto del año en mención. El abogado suplente solicitó copias del proceso. Luego, los nuevos defensores que nombró la encartada, ya iniciada la etapa de la causa, solicitaron copias de la actuación.

De lo reseñado, no es posible afirmar que desde el momento de la diligencia de injurada la procesada MUÑOZ DE RODRIGUEZ estuvo huérfana de defensa técnica, porque el solo hecho de que los profesionales que fungieron como defensores hubieran solicitado copias de la actuación, comporta de por sí un acto defensivo indicativo de que por lo menos estuvieron pendientes del acontecer procesal, controlando las actuaciones, mas no el completo abandono de la misión encomendada.

La irregularidad denunciada se queda sin demostración de su trascendencia, la cual es indispensable para establecer la ausencia de defensa técnica y en tales condiciones, no surge ningún motivo para decretar la nulidad que por este motivo solicita la defensa.

2.-Violación del derecho de defensa, derivada de una incompleta formulación de los cargos en la diligencia de indagatoria.

Para la libelista, la señora AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ no fue oída en descargos respecto de la presunta falsedad material de empleado oficial en documento público ni por el presunto peculado por uso.

En criterio del señor Procurador Delegado, la principal imputación es la relativa a la atribución funcional abusiva. Dijo al respecto, que el simple hecho de referirse a la orden de compra 008001 sin decir ni siquiera que se había falsificado, no evidencia de manera clara y precisa la imputación de un delito de falsedad, al no indagarse sobre su posible

participación en el acto de falsear la citada orden de compra o que tuviera conocimiento de que alguien lo hubiera hecho o que se hubiera utilizado como medio para dar visos de legalidad a la negociación con el Gerente de Tapon Corona de Colombia S.A.

Que no sucede lo mismo con respecto al delito de peculado por apropiación, pues del contenido de la indagatoria se extrae que la procesada no solamente comprendió la pregunta, sino que se le hizo una imputación concreta por su participación en ese ilícito, por haber dado la orden de trasladar en un vehículo de la Industria Licorera del Valle a cargo de GUILLERMO TRUJILLO, las tapas adquiridas ilícitamente.

Para la Sala, contrario lo que opinan la libelista y el señor Procurador Delegado, los cargos formulados a la procesada en la diligencia indagatoria corresponden en un todo a los hechos puestos en conocimiento de las autoridades y que originaron el trámite de esta actuación procesal.

Inicialmente debe aclararse que los interrogantes que formule el funcionario judicial acerca de los hechos materia de investigación, tienen estrecha relación con la información recaudada hasta ese momento, esto es, los antecedentes y circunstancias conocidas en la foliatura. De ahí que el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal exija que el imputado sea interrogado “en relación con los hechos que originaron su vinculación”.

En el caso objeto de estudio, los hechos que determinaron la vinculación al proceso de la señora AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ hacían referencia a la orden que había dado para comprar unas tapas a la empresa Tapon Corona de Colombia.

Si bien es cierto se pregona por la recurrente que su defendida no fue oída en descargos en lo referente a la presunta falsedad material y al peculado por uso, dos de las preguntas formuladas por la entonces titular del juzgado instructor, involucran tales hechos así:

“Cómo explica usted, que el señor Adolfo Quintero Balcazar, Director de Mercadeo y Venta de la empresa TAPON CORONOA DE COLOMBIA S.A. haya manifestado ante la Contraloría Departamental del Valle que fue usted la persona que llegó hasta dicha empresa aproximadamente el 18 de noviembre de 1991, diciéndole que iba por comisión especial de la Junta Directiva de la Industria de Licores y del Gerente General a negociar la compra de un millón de tapas pilfer proof con destino a la Industria de Licores. Que al día siguiente usted regresó con el señor DANIEL PARRA entregando la orden de compra No 08001, momento a partir del cual se empezó el proceso interno de fabricación de las tapas”.

La otra pregunta es del siguiente tenor:

Concordando con lo anterior, el señor GUILLERMO HUMBERTO TRUJILLO declaró en la empresa de la Industria de Licores, que fue usted la persona que le encargó se dirigiera hasta la ciudad de Palmira para que recibiera de Tapon Corona por varias oportunidades las mencionadas tapas, siendo interceptado en las mismas veces en la carretera por personas que trasladaban la mercancía en otro vehículo aduciendo igualmente orden suya. Que cuando le preguntó al respecto, usted le mencionó que tenía que seguir con ese procedimiento, porque la vida de los dos estaba en peligro”. (fls 136 vto y 137 C.O No 1).

Si se analiza en su contexto la diligencia de descargos, se observará que fue indagada por tales hechos y que tuvo conocimiento de su ocurrencia. Lo que sucedió, y eso es apenas entendible, es que la rotunda negativa en la participación de los hechos por parte de la indagada, dio lugar a que el interrogatorio se desarrollara acorde con esa actitud lo que en efecto impidió que se concretara sobre pormenores de la acción delictiva, como el no habersele puesto de presente el documento tachado de falso o que no se ahondara en la imputación referente al uso del carro oficial para el transporte de la mercancía.

La indagada asumió frente al instructor una actitud de total ajenidad y hasta se mostró extrañada por las preguntas que se le estaban formulando, pues decía “Me parece ilógico que una Industria que fabrique tapas, crea que una Junta Directiva va a ordenar a una Directora de Relaciones Industriales a quien solo le compete el manejo de personal...Yo como ya lo manifesté, no conozco esta fábrica ni he ido a negociar, pero estoy dispuesta a que se haga un reconocimiento para que esta persona diga si fui yo la persona que les hizo esta compra”. (fl 137 c.o No 1).

De ahí que afirmar, como lo hace el representante del Ministerio Público, que la procesada no tuvo oportunidad de defenderse del cargo relativo al punible de falsedad material de que trata el artículo 218 del Código Penal, no resulta acertado, pues lo que es imprescindible tener en cuenta es que se le interrogó por la totalidad de los hechos objeto de investigación y que incluían de manera fáctica – que no jurídica – tanto ese punible como el peculado por uso y el abuso de función pública, indicando tajantemente que eran falsos los señalamientos que se le estaban haciendo.

Aquí vale la pena destacar que así como en concepto del Procurador Delegado la procesada entendió la pregunta formulada con respecto al delito de peculado por apropiación por haber dado la orden de trasladar en un vehículo de la Industria de Licores del Valle las tapas adquiridas ilícitamente, lo mismo se puede predicar de la falsedad porque en la indagatoria se hace referencia a la factura tachada de falsa, lo que también hace presumir que comprendió la imputación por este ilícito.

Además, no obstante esas negativas y muestras de ajenidad y extrañeza frente a los hechos por los cuales había sido denunciada, en la misma diligencia se le tomaron muestras manuscritales dejándose consignado en el acta que eran para posterior cotejo grafológico, al cabo de lo cual se le concedió el uso de la palabra a la indagada quien optó por solicitar se llamara a quienes la habían involucrado en los hechos y en su presencia ratificaran si ella fue quien hizo la compra.

Por lo anteriormente señalado la Sala no comparte las apreciaciones elevadas por la libelista y el Ministerio Público respecto de la diligencia de descargos rendida por la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ, pues los interrogantes que le fueron formulados involucraron en su totalidad los hechos que fueron denunciados y de las respuestas de la encartada su cabal entendimiento del motivo por el cual se le había vinculado a la investigación, de lo cual plenamente se defendió.

El cargo, por este aspecto, no prospera.

3.-Ausencia de un instructor diligente que investigara tanto lo favorable como lo desfavorable a la procesada.

Esta inconformidad de la libelista, en síntesis, radica en que no se vinculó a la investigación a la persona que aparece como titular de las cuentas correspondientes a los cheques con los cuales se canceló el pedido de las tapas materia de investigación lo cual, según ella, hubiese podido tener efectos en la determinación de responsabilidades, en la adecuación típica del hecho.

El principio de investigación integral se vulnera cuando el instructor omite la práctica de pruebas tendientes a demostrar la veracidad de los descargos vertidos por los procesados o cuando se niega la práctica de pruebas que resultan favorables al procesado.

Atendiendo a estos parámetros observa la Sala que el cargo no se encuentra debidamente sustentado, pues la prueba que echa de menos la libelista estaría encaminada a demostrar la responsabilidad de la titular de las cuentas a las que pertenecen los cheques, señora Nancy Valbuena Navarrete, pero en nada cambiaría la situación jurídica de la encartada MUÑOZ DE RODRIGUEZ, ante el claro entendimiento de que la responsabilidad es individual. Además el cargo fue vagamente formulado porque la recurrente, aparte de indicar que esa situación era un aspecto medular en la

investigación, no explica porqué, ni como incidió en el juicio de responsabilidad de su defendida ni tampoco concretó los efectos que hubiera tenido en el fallo.

De otra parte, tal irregularidad quedó subsanada, con la compulsación de copias que se ordenó en el fallo de primera instancia, como de manera reiterada lo ha venido aceptando la jurisprudencia de la Sala.

CARGOS SUBSIDIARIOS

Los formula al amparo de la causal primera de casación por aplicación indebida de normas de carácter sustancial, los dos primeros y el último por falta de aplicación.

Primero.

Según la demandante incurrió el fallador en aplicación indebida del artículo 218 del Código Penal, en concordancia con el artículo 26 ibídem, lo cual supone una equivocada selección de tales preceptos.

Pues bien; la responsabilidad de la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ en el fallo de primer grado se dedujo de haberse acreditado la falsedad en la orden de compra No 08001 mediante dictamen grafológico en el que se concluye que las firmas del Gerente y del Jefe de suministros, son apócrifas, y en que la procesada, junto con el jefe de suministros PARRA HINCAPIE, determinó la falsificación material de la orden de compra No 08001, pues eran los únicos que la necesitaban, ya que sin ella no habrían podido obtener, para ellos y no para la Industria de Licores del Valle, las tapas aludidas. Además, la sentencia de segunda instancia deja en claro que Parra H. directamente intervenía en el trámite tendiente a la adquisición de insumos y materias primas, era el proveedor interno de las órdenes de compra y era uno de los visadores del procedimiento, lo cual quiere decir, y así lo acredita el formato de la factura misma, que participaba funcionalmente en el proceso de documentación de dichas órdenes, procedimiento

administrativo éste de carácter complejo que califica a todos los funcionarios que intervengan en el mismo en tanto dicha intervención se produce, precisamente, en ejercicio de sus funciones.

Para la demandante, es necesario determinar la órbita funcional del servidor público para establecer si actúa o no en ejercicio de sus funciones.

Vale la pena aclarar, de cara a estos planteamientos, que la lesividad de la conducta descrita en el artículo 218 del Código Penal se establece a partir de la afectación real o potencial de la fe pública por parte del empleado oficial o servidor público, para lo cual es indispensable tener en cuenta el aspecto relativo a su órbita funcional ya que este ingrediente está contenido en la estructura de la norma, pues el sentido de la relación órbita funcional - facultad documentadora no puede entenderse de manera que conduzca a la paradoja que la fe pública se identifica con la falsificación, porque ningún funcionario tiene la facultad de falsificar. Si así fuera, las normas no podrían cobijar siquiera falsedades ideológicas. Lo relevante, es que el sujeto activo tenga estatutaria o reglamentariamente la vocación de participar en la función que da lugar a la alteración.

Debe precisar la Sala, en este punto, que el Tribunal hace una interpretación demasiado amplia de la norma cuando estima que la exigencia típica se configura cuando el empleado oficial actúa con ocasión de sus funciones, como en algunos apartes se dice que ocurrió ocurrió con la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRIGUEZ, y que por haber estado en condiciones de realizar la adulteración y por su condición y funciones como Jefe del Departamento de Relaciones Industriales, se colocó en la órbita de operatividad requerida.

Sin embargo la ausencia del mencionado ingrediente en cabeza de la sentenciada no la exime de responsabilidad por el hecho punible, como lo pretende la libelista, si se tiene

en cuenta que respecto de la orden de compra No 08001 se presentó un intrincado fenómeno de coparticipación, en virtud del cual distintas personas, una cualificada frente a la exigencias típica (en tanto sí tenía relación funcional), y otros no, determinaron que un tercero manufacturara la orden falsa, pero realizando al tiempo aportes materiales a la conducta, entendida ella no en el reducidísimo ámbito de la creación del documento espurio, sino obteniendo los elementos necesarios para ello, entregándolos, y llevando a cabo todo aquello sin lo cual no habría sido posible crear o alterar el medio de prueba.

Tanto AMPARO MUÑOZ como DANIEL PARRA HINCAPIE , quien por el cargo que ejercía sí tenía capacidad documentadora, participaron entonces en forma comunitaria y coordinada en la falsificación de la factura de compra con la que luego obtuvieron de la firma Tapón Corona S.A., la elaboración de un millón de tapas pilfer proof; y no solo intervinieron, con aportes materiales, en esa tarea, sino que además determinaron a un tercero para que llevara a cabo, ese sí de manera directa e inmediata, los actos de fabricación del papeleo que respaldó la operación.

Consecuente con lo señalado, no resulta contradictorio ni excluyente, como lo expresa la demandante, que paralelamente el sujeto activo incurra en el delito de abuso de función pública, si se tiene en cuenta que esta conducta hace referencia a la realización de funciones públicas diferentes a las que legalmente corresponden al servidor público, pero mirada en la perspectiva de la compra de las tapas, de la relación jurídica de compra venta frente al proveedor que, obviamente, no habría elaborado el producto si no se presenta el pedido como originado en la Industria Licorera. En este caso, esa conducta se concretó en la presentación que la señora MUÑOZ DE RODRIGUEZ hizo en la empresa Tapon Corona S.A., en su condición de funcionaria de la Industria de Licores del Valle, en comisión especial de la Gerencia y la Junta Directiva para la realización de la negociación, pero no por el hecho mismo de la falsedad en la elaboración de la factura de compra cuyo reproche, como ya se vio, tiene origen en circunstancias

diversas que no configuran propiamente una usurpación.

En consecuencia de lo anterior, si bien es cierto que la sentencia recurrida no recoge de manera precisa el alcance de las exigencias típicas previstas en la norma, no menos lo es que finalmente se aplicó la disposición concerniente al caso y por tanto el cargo no prospera.

Segundo.

Aplicación indebida del artículo 134 del Código Penal.

En idénticas circunstancias a la anterior fue elevada esta censura, pues nuevamente la casacionista alega que para su tipificación es necesario el vínculo funcional de la administración o custodia entre el servidor público y los haberes a él confiados.

Debe señalarse que sí había vínculo funcional o relación material con el bien por el ejercicio propio de las funciones, y que la sentencia lo derivó de manera expresa.

A la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRÍGUEZ se le atribuyó la comisión del peculado por uso en virtud de haberse establecido probatoriamente que fue quien ordenó a GUILLERMO TRUJILLO a utilizar el camión perteneciente a la Industria Licorera del Valle para realizar en él actividades diferentes a las cuales estaba asignado, como recoger el pedido de tapas en la empresa Tapon Corona de Colombia, el cual no había efectuado la Industria Licorera del Valle, y que ello se fundamentó en que “en eventos como éste el vehículo está por cuenta y cargo de quien da la orden de sacarlo de la empresa, al punto que queda en la obligación de vigilar que la orden impartida para el mismo se cumpla sin dilación ni interferencias..” (fl 21 Sentencia del Tribunal)

El Tribunal construye la relación funcional que se exige para la estructura del tipo, en la capacidad de dar órdenes al conductor de la empresa, toda vez que la funcionaria,

respaldada en su calidad de Jefe de Relaciones Industriales, “demandaba la asignación de un vehículo a quien por principio de organización y dirección tenía asignado de manera directa su manejo” (fl 20 ib.).

De manera que bien porque se le mire así, bien porque el juicio de responsabilidad se asiente en el hecho de que además se produjo una orden para que el conductor, que detentaba la custodia material del vehículo y lo operara, determinándosele a realizar la conducta típica, hay que concluir que el cargo estuvo bien deducido.

En cuanto a la falta de aplicación que del artículo 122 de la Carta Política que la libelista atribuye al sentenciador, se debe señalar que la consagración de esa disposición hace referencia al marco legal dentro del cual deben actuar los servidores públicos en torno a la actividad administrativa, en aras de hacer más rigurosas las exigencias para la prestación del servicio; esto es, que el cargo esté incluido en la planta de personal con sus costos presupuestales y que el funcionario cumpla con los requisitos establecidos por la ley para ejercerlo.

Por lo tanto, frente a estas precisiones, ninguna incidencia, por lo menos de carácter estructural, tiene la citada disposición en los tipos anteriormente analizados, porque la señora Muñoz de Rodríguez determinó a otro, junto con Parra Hincapié, a falsificar documento público en cuyo trámite éste debía intervenir en ejercicio de sus funciones públicas, además, teniendo asignado y bajo su cuidado y responsabilidad, en por lo menos 5 ocasiones, uno de los vehículos de la empresa, dio la orden de que se utilizara en beneficio propio y fraudulento, en interés particular suyo y de sus compañeros, dejando de lado la prestación de las tareas públicas a las que estaba destinado a cumplir ese automotor de la empresa.

3.- Falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.

La violación directa de la ley sustancial, por este motivo, implica que el juzgador de

manera equivocada, deja de aplicar el precepto llamado a regular el caso concreto.

En punto a la condena de ejecución condicional, el reclamo resultaría válido siempre y cuando el fallador, a pesar de haber admitido su procedencia por considerar que en el caso de la procesada se reunían los requisitos para conceder el beneficio (quantum de la pena, la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho delictivo) no lo otorga.

En este caso, como la actora reclama la aplicación del precepto sobre la base de la prosperidad de las censuras ya analizadas, es evidente que ningún quebranto se ha producido y, por ende, el cargo no prospera.

A NOMBRE DE DANIEL PARRA HINCAPIÉ.

En virtud del principio de prioridad que demandan los cargos desarrollados con fundamento en la causal tercera de casación, la Sala asumirá su análisis inicialmente, no sin antes advertir que conforme a la técnica, si bien los diferentes reparos corresponden al ámbito de esta causal, debieron elevarse de manera separada para demostrar, de manera clara, la supuesta vulneración de las garantías procesales del encartado.

SEGUNDO CARGO.

1.- Violación del Derecho a la defensa en la fase de instrucción y la probatoria del juicio.

Señala la demandante que su representado se quedó sin defensa técnica en una de las etapas más importantes del proceso, como es la calificación del mérito del sumario en la que no se solicitó la práctica de pruebas, tampoco se presentaron alegatos previos a la definición de la situación jurídica y no se interpuso recurso alguno.

Al respecto el señor Procurador Delegado sostiene que sí se vulneró esa garantía y que por tanto debe decretarse la nulidad solicitada, desde el cierre de la investigación, debido a que PARRA HINCAPIÉ no contó con una defensa técnica eficaz, ni se desarrolló ninguna estrategia defensiva, aparte de lo actuado en la diligencia de audiencia pública.

Veamos lo que ocurrió.

El profesional del derecho que asistió a este procesado desde el momento de la indagatoria, solicitó la expedición de copias del proceso y presenció la declaración jurada rendida por tres de los testigos que fueron llamados a deponer dentro de la investigación. Antes de la primera calificación del mérito del sumario, esto es, el 21 de abril de 1993, presentó renuncia del poder, pero ese escrito solo se allegó a la actuación con posterioridad al proferimiento de la acusación, lo que dio lugar a que la Fiscalía decretara la nulidad a partir del cierre de investigación y le nombrara defensor de oficio en vista de que el encartado no compareció a manifestar si designaba un apoderado de confianza.

La única actividad registrada por este profesional del derecho, es haberse notificado del auto que corre traslado para sustentar el recurso de apelación que la parte civil había interpuesto contra el calificadorio del 28 de julio de 1993.

Con posterioridad PARRA HINCAPIÉ otorgó poder a la abogada que actúa como recurrente en esta sede de casación.

La defensa técnica, como se sabe, es del derecho a estar asistido por un abogado que asesore y represente al procesado, quien debe evitar que la actuación pueda verse afectada de nulidad por abandono de la gestión para la cual fue designado.

La Sala ha aceptado como una posible estrategia defensiva, que el defensor pueda optar por el silencio pero siempre y cuando esa actividad aparezca demostrada mediante actos procesales reveladores de que por lo menos ha estado atento al devenir

procesal, sin que esa actitud se pueda considerar como un pleno abandono de la actividad judicial.

La sola aparente pasividad del defensor por ausencia de actividad encaminada a controvertir las pruebas, presentar alegatos o impugnar las decisiones, no es por sí sola indicativa de la ausencia de defensa técnica.

Del análisis global de la actuación surtida por uno de los defensores que fungieron como tal, entre el momento procesal de la indagatoria de DANIEL PARRA HINCAPIÉ hasta cuando asumió esa función la aquí recurrente, se desprende que siempre ejerció actos de control mediante la solicitud de copias o la asistencia a algunas diligencias. Y si bien no se puede predicar lo mismo del profesional que fue designado de oficio por el ente investigador en aras de subsanar la irregularidad detectada, pues su actuación se limitó a notificarse de un solo acto procesal, tal situación no es suficiente, por sí sola, que hubo total abandono de la misión de defender, ni tampoco entraña nulidad dado que no había lugar a nueva rectificación de las fases de proceso, ni puede suponerse ahora que no realizó control sobre el proceso.

2.- El otro reparo consistente en la falta de formulación de pregunta alguna acerca de la firma estampada en la orden de compra No 08001, tampoco prospera. Debe señalarse al respecto que la indagatoria, además de ser una diligencia para vincular al procesado y permitirle defensa material de la infracción, puede ser también un medio de prueba, cuando el mismo encartado acepta los hechos por los cuales se le solicitó explicaciones.

En el caso presente, al indagado se le preguntó si quería retractarse de alguna manifestación que hubiera realizado en la declaración de juramento que con anterioridad había rendido ante la misma instructora, a lo que respondió: "No, todo está bien, me ratifico en lo que dije allí". También se realizó similar procedimiento respecto a la

declaración rendida ante la Contraloría Departamental. (Cfr fl 160. C.o 1). En ambas diligencias se le cuestionó acerca de la orden de compra y se le puso de presente la que fue tachada de falsa. Esta circunstancia por sí sola es indicativa de que el procesado conoció a plenitud los hechos atribuidos y, por ende, tuvo oportunidad de defenderse de los mismos, incluyendo lo concerniente a la orden de compra No 08001.

3.- En cuanto a la irregularidad por falta de vinculación de la titular de los cheques con los cuales se cancelaron las tapas ilícitamente adquiridas, es necesario remitirnos a las consideraciones efectuadas respecto del reproche que de manera similar se elevó a nombre de la procesada AMPARO MUÑOZ DE RODRÍGUEZ. Esto es, que su ausencia en el proceso no incide en la situación jurídica de los aquí sentenciados, respecto de quienes el fallador contó con la prueba suficiente para condenarlos como autores de los respectivos ilícitos.

PRIMER CARGO.

Al amparo de la causal segunda de casación, señala la libelista que la sentencia se dictó en desacuerdo con la resolución de acusación al introducir una nueva modificación, ya que al procesado se le condena por un cargo respecto del cual no se le acusó ni tampoco se le indagó.

Es evidente que la censura así presentada no cumple con las exigencias técnicas exigidas en este ámbito. Aparte de que la demandante no logra demostrar que el fallador incurrió en un yerro de esa naturaleza, involucra en su alegato objeciones que no corresponden a la órbita de la causal segunda de casación, la cual se refiere a que la sentencia debe versar sobre los mismos cargos determinados en la resolución acusatoria, de tal manera que exista entre estas dos piezas procesales plena identidad respecto de los hechos delictivos y la calificación jurídica que se le haya dado a los mismos.

Por lo tanto, es frente a estas dos decisiones que se debe elaborar el ataque, sin que

sea admisible pretender demostrar supuestas discordancias entre los diferentes calificadorios que por la dinámica del contradictorio debieron proferirse.

El cargo, en esencia, lo que traduce es la inconformidad de la censora por haberse acusado a su defendido en primera instancia por el delito de celebración indebida de contratos y luego, en segunda instancia, haberse modificado el calificadorio en el sentido de acusarlo por el delito de abuso de función pública, circunstancia que no es posible atribuir como irregular ni tiene ninguna incidencia en la causal aducida.

No es entonces la inconsonancia entre la resolución acusatoria y la sentencia lo que pretendía demostrar la libelista, circunstancia que hace inexaminable la censura.

TERCER CARGO.-

Este contiene tres censuras, respecto de los cuales la Sala debe adelantarse a señalar que en su sustento y formulación la libelista desconoció de lleno la técnica casacional.

1.- Error de derecho por errónea apreciación del dictamen pericial, al cual el fallador le otorgó el valor de plena prueba del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público y que se allegó y valoró con claro desconocimiento de los artículos 29, 83 y 85 de la Carta Política, 246, 247, 248, 249, 254 y 274 del Código de Procedimiento Penal y 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil.

El reproche así formulado involucra aspectos que contienen diferente naturaleza y alcance. Su entremezcla, desde un inicio, trae como consecuencia la ineptitud de la censura pues no es posible pretender que respecto de una misma prueba se pregone error de apreciación por el mérito probatorio que se le otorgó (error de derecho por falso juicio de convicción) y al mismo tiempo se depreque su inexistencia por haberse aportado al proceso con pleno desconocimiento de los requisitos formales (error de derecho por falso juicio de legalidad). Además el error de derecho por falso juicio de convicción no

puede alegarlo por ser sistema de sana crítica.

2.- Violación indirecta de la ley sustancial por “error de derecho sobre la figura delictiva”.

En este demuestra la recurrente confusión conceptual frente a lo que puede ser motivo de ataque en sede de casación, pues asegura que hubo “error de derecho sobre la figura delictiva”. Los demás argumentos hacen inexaminable el cargo al resultar evidente que es una prolongación del anterior, esto es, la inconformidad acerca del mérito probatorio otorgado al dictamen pericial.

Sin embargo hasta allí no llegó el desacierto de la libelista quien se dedicó al cuestionar la forma como se rindió el dictamen, lo que deja sin saber cuál fue la orientación que quiso darle a la censura.

3.-Falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.

Adolece este reproche de las mismas falencias detectadas en el presentado por la defensora de la procesada MUÑOZ DE RODRIGUEZ y por lo tanto valen para éste las mismas consideraciones.

En las precedentes condiciones, el cargo no puede prosperar.

Finalmente, en cuanto al alegato del no recurrente debe decirse que este simplemente aborda algunos aspectos generales del proceso y de su prueba, demandando una confirmación que no es propia de la Casación, y que no se opone, en desarrollo preciso y consistente a los cargos planteados por los recurrentes. Por eso nada habría qué considerar frente a su texto.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

CUMPLASE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 23 de septiembre de 1998, M.P., Dr Ricardo Calvete Rangel.