

Proceso No 15942

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 26

Bogotá, D. C. veinte (20) de febrero del dos mil tres (2003).

ASUNTO

El Juzgado 5° Penal del Circuito de Tunja (Boyacá), el 18 de marzo de 1998, absolvió a Luis Orlando Lemus Pedraza, quien había sido acusado de incurrir en el delito de peculado por apropiación. La sentencia fue impugnada por la Procuradora Judicial 171 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 3 de febrero de 1.999, al desatar el recurso interpuesto, revocó la sentencia de primera instancia. Dispuso, entonces, condenarlo, en calidad de autor del delito de peculado por apropiación, a las penas principales de doce (12) meses de prisión y multa en cuantía de cincuenta mil pesos (\$50.000) a favor del Tesoro Nacional. A título de sanción accesoria le impuso interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la prisión. Por último, le reconoció el derecho a la condena de ejecución condicional.

El defensor del sentenciado, en desacuerdo con el sentido del fallo, hizo uso del recurso extraordinario de casación. Debe la Corte pronunciarse ahora sobre el contenido de la

demanda.

HECHOS

La Gobernación de Boyacá, el 19 de diciembre de 1990, expidió el Decreto 001937. Mediante él se diseñó el Presupuesto de Rentas y Gastos del Departamento para la vigencia fiscal de 1991.

Varias normas de ese decreto, por considerar que eran violatorias del artículo 119 del Decreto Ordenanza 1223 del 10 de junio de 1987 (Estatuto Fiscal de Boyacá), dado que el Gobernador delegó ilegalmente en los diputados la facultad de ordenadores del gasto, fueron demandadas en acción de nulidad ante el Tribunal Administrativo de esa jurisdicción.

El 29 de mayo de 1991, esta Corporación decretó la suspensión provisional de los numerales 230, 233, 234, 235, 236, 240, 242, 244, 255, 262, 266, 267, 268, 269, 270, 277, 286 y 295, del artículo 001169 del Decreto 001937 del 19 de diciembre de 1990, sobre Liquidación de Presupuesto de Rentas y Apropriaciones para la vigencia fiscal de 1991, expedido por el Gobernador de Boyacá.

Luego de esa decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, la Asamblea Departamental expidió la Ordenanza 0017 de diciembre 3 de 1991, “por la cual se cambian, aclaran, modifican y adicionan algunos ordinales del artículo 1169 del presupuesto departamental para la vigencia fiscal de 1991”. En el artículo 1°. de esa Ordenanza, se dispuso sustituir, por uno del siguiente tenor, el texto del numeral 231: “Girar al Icetex Regional Boyacá, con destino al Fondo Aquitania, cuyo gestor es el diputado Luis Orlando Lemus Pedraza, con destino a auxilios de primaria, bachillerato, universidad, media vocacional y educación no formal, cuyo gestor y representante legal es el doctor Orlando Lemus Pedraza, la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000)”.

A través de esta nueva Ordenanza, se obtuvo, no obstante estar de por medio la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, así como el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, norma que prohíbe decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, la transferencia de los auxilios al Fondo Aquitania, entidad privada, para que los dineros, en cuantía de tres millones novecientos noventa mil pesos (\$3.990.000), llegaran a manos de terceros. Esta suma, sin embargo, luego fue reintegrada por Luis Orlando Lemus y el resto fue devuelto a las arcas departamentales directamente por el Icetex.

ANTECEDENTES PROCESALES

Las siguientes actuaciones conforman el proceso:

La Fiscalía 6°. Seccional de la Unidad Previa y Permanente de Tunja, el 13 de enero de 1.993, abrió la investigación.

Mediante resolución 014 del 26 de febrero de 1993, se asignó la investigación al Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Tunja.

Este funcionario, el 4 de marzo de 1993, avocó la investigación y ordenó vincular mediante indagatoria a Luis Orlando Lemus Pedraza. La diligencia se llevó a cabo el 4 de mayo de 1994.

El 17 de febrero de 1995, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja se abstuvo de decretar medida de aseguramiento al sumariado y decidió precluir la investigación que se le adelantaba. Esta decisión fue apelada por el representante del Ministerio Público.

El 20 de diciembre de 1995, al desatar la alzada, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja revocó la decisión y, en su lugar, decidió ordenar la detención preventiva del diputado Luis Orlando Lemus Pedraza, como posible autor del delito de peculado por apropiación. Sin embargo, en la misma providencia, sustituyó la medida por detención domiciliaria y, como condición para hacerle efectivo este derecho, le impuso la obligación de cancelar, a modo de caución prendaria, la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales.

El 24 de junio de 1996, se declaró cerrada la investigación.

El 6 de agosto de 1996, al calificar el mérito del sumario, la Fiscalía 2ª. ante el Tribunal Superior de Tunja lo acusó de ser el probable autor del delito de peculado por apropiación.

El 5 de septiembre 1996, por competencia, el Juzgado 5°. Penal del Circuito de Tunja asumió el conocimiento del proceso.

El 18 de marzo de 1998, profirió la sentencia absolutoria en favor de Lemus Pedraza.

La representante del Ministerio Público, dentro del término legal, impugnó el fallo. El 3 de febrero de 1999, el Tribunal Superior de Tunja decidió revocar la sentencia absolutoria y, en su lugar, lo condenó por el delito de peculado por apropiación, en los términos referidos al comienzo de esta providencia.

LA DEMANDA

Cuatro cargos presentó el defensor de Luis Orlando Lemus Pedraza contra la sentencia.

Primer cargo.

Invoca la causal tercera de casación, prevista en el numeral 3°. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 1991. Estima el censor que la sentencia, por haberse violado a lo largo de la investigación y el juicio el debido proceso, debe ser invalidada.

Así lo sustenta:

La fiscalía incurrió en error en la denominación jurídica de la conducta imputada. En lugar de calificarla como prevaricato (artículo 149 del Código Penal de 1980), consideró que sus contornos fácticos configuraban el delito de peculado por apropiación (artículo 133 del mismo estatuto penal).

Este error, subraya el recurrente, constituye causal de nulidad. La fiscalía, con base en una serie de testimonios, llegó a la conclusión de que sin duda alguna se estructuraba el delito de peculado por apropiación, por cuanto de ellos se deducía que los becarios recibieron efectivamente dinero del patrimonio oficial.

El ingrediente subjetivo de la conducta descrita por el diputado Lemus Pedraza, lo dedujo del hecho de que él, como representante legal del Fondo Aquitania y gestor de los auxilios administrados por el Icetex, tenía interés en que esos dineros, a pesar de la prohibición expresa del artículo 355 de la Constitución Política de 1991 y de que el Tribunal Administrativo de Boyacá había decretado la suspensión de algunos numerales del artículo 001169 del Decreto 001937 del 19 de diciembre de 1990, mediante el cual se ordenaba el Presupuesto de Gastos y Rentas del Departamento de Boyacá para la vigencia de 1991, pasaran a manos de particulares.

Pero la verdad es que el diputado Lemus Pedraza no obtuvo ningún provecho económico durante esa gestión. La prueba demostró que parte de esos fondos fueron

destinados a financiar los estudios de algunas personas de menores recursos. Si no logró establecerse que el procesado se lucró personalmente de esos auxilios, mal pudo el fiscal acusarlo de peculado por apropiación y el juzgador condenarlo por ese mismo hecho punible. En este caso, por faltar ese elemento básico de la tipicidad del delito, lo que procedía era calificar la conducta como prevaricato, luego de confrontar, mediante un juicio de carácter normativo, la oposición existente entre el artículo 355 de la [Constitución Política](#) de 1991 y la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991, mediante la cual se ordenó transferir dineros del erario al Fondo Aquitania.

Apoyado en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia y, como consecuencia de ello, declarar la nulidad del proceso a partir de la calificación del sumario.

Segundo cargo.

Lo formula al amparo de la causal primera de casación. Aduce que el sentenciador, por haber aplicado indebidamente el artículo 355 de la Constitución Política de 1991 y haber omitido la aplicación del artículo 76, numeral 20, de la [Constitución Política](#) de 1886, en concordancia con la Ley 25 de 1977, violó de modo directo la ley sustancial.

Así lo sustenta:

El Gobernador del Departamento de Boyacá, mediante el Decreto 001937 del 19 de diciembre de 1990, adoptó el Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1991. En uno de los artículos de ese Decreto, el 1169, se incluyó, con destino a becas estudiantiles y para que fuera administrada a través de un fideicomiso que habría de constituirse en el Banco Ganadero de Tunja, y cuyo representante legal sería el doctor Luis Orlando Lemus, una partida de quince millones de pesos (\$15.000.000).

El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia del 29 de mayo de 1991, decretó la suspensión provisional de los numerales del decreto mediante los cuales se

apropiaban los auxilios educativos.

No obstante lo dispuesto en ese fallo, el 3 de diciembre de 1991, por Ordenanza 0017, se modificaron algunos numerales del artículo 1169 del Presupuesto de Gastos y Rentas Departamentales para la vigencia fiscal de 1991. Entre esas modificaciones, se dispuso que se girara al Icetex, con destino al Fondo de Aquitania, cuyo gestor era el diputado Luis Orlando Lemus Pedraza, la suma de los quince millones de pesos (\$15.000.000).

De esta manera, según el sentenciador, se estructuró el delito de peculado por apropiación, por cuanto los beneficiarios de los auxilios educativos por valor de tres millones novecientos noventa mil pesos (\$3.990.000), menguaron en esa cifra, más el millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) que cobró por concepto de administración el Icetex, los fondos del Departamento de Boyacá, dado que ese gasto se ejecutó en vigencia de la nueva Constitución Política, puesto que ésta entró a regir el 4 de julio de 1991 y la Ordenanza 0017 se expidió en diciembre 3 de ese mismo año.

El sentenciador, en su razonamiento, desconoció el tránsito constitucional. El Decreto 001937 de diciembre 19 de 1990, mediante el cual se asignó la partida en el presupuesto para la vigencia fiscal de 1991, se dictó de conformidad con el artículo 76, numeral 20, de la [Constitución Política](#) de 1886, norma que no prohibía los auxilios parlamentarios. Por esa razón, la transferencia del dinero, obra de la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991, en virtud de que ésta se derivaba del Decreto 001937 de diciembre 19 de 1990, era una situación consolidada, acorde con lo dispuesto en la Constitución Política de 1886, artículo 76, numeral 20.

En este sentido, el fallador incurrió en un falso juicio de selección. Las erogaciones que se efectuaron para ejecutar el presupuesto de la vigencia fiscal de 1990, aunque se cumplieron en vigencia de la nueva Constitución Política, tenían el amparo de legalidad de la Carta Política de 1886.

En estas condiciones, la conducta de Lemus Pedraza estaba amparada por los artículos 187 y 76, numeral 20, de la Constitución de 1886. En el primero de ellos, se disponía que era legítima la función de las Asambleas Departamentales de fijar planes y programas de desarrollo social, cultural y económico en el departamento, y el segundo que al Congreso le correspondía fomentar empresas útiles o benéficas dignas de apoyo, con estricta sujeción a los programas correspondientes.

De modo que los auxilios manejados por parlamentarios, diputados y concejales, eran legales dentro de la vigencia de la Constitución de 1886. Por eso no podía encuadrarse la conducta de Lemus Pedraza en el artículo 355 de la nueva Constitución.

Pide a la Corte, entonces, casar la sentencia y, en su lugar, proferir una de carácter absolutorio en favor de Lemus Pedraza.

Tercer cargo (subsidiario).

Lo propone dentro de los lineamientos de la causal primera de casación. Desde esa perspectiva, sostiene que la sentencia, por aplicar indebidamente los artículos 63 y 133 del Código Penal de 1980 y omitir la aplicación del artículo 299 de la Constitución Política de 1991, es violatoria de manera directa de la ley sustancial.

Así lo sustenta:

Cuando se realizó la transferencia de los auxilios por fuerza de la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991, que fue la conducta imputada al procesado Lemus Pedraza, regía la Constitución Política de 1991. Equivocadamente se ha considerado que el doctor Lemus, para la fecha de la comisión de la ilicitud, por su condición de diputado a la Asamblea de Boyacá, tenía la calidad de servidor público. Sobre esa base, se le ha imputado el delito de peculado por apropiación, de acuerdo con los artículos 63 y 133 del Código Penal de 1980.

Pero no tuvo en cuenta el juzgador que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se estableció, en su artículo 299, que “los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos”. De suerte que el procesado, para la época de la consumación de los hechos, no tenía la calidad de servidor público. Por tanto, no podía ser sujeto activo del delito de peculado por apropiación, pues de acuerdo con el artículo 133 del Código Penal de 1980, el tipo requiere esa condición de sujeto activo cualificado para su estructuración.

Solicita a la Corte, en consecuencia, casar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver al acusado.

Cuarto cargo (subsidiario).

Invoca la causal primera de casación (artículo 220, cuerpo segundo, del Código de Procedimiento Penal de 1991). La sentencia, por haber incurrido en falso juicio de identidad por tergiversación de una serie de testimonios, así como en falso juicio de existencia por omisión en la apreciación de otros, violó de modo indirecto la ley sustancial. Y luego concluye: estos yerros en la apreciación de las pruebas, condujeron a violar de manera directa la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 4, 5, 36 y 133 del Código Penal de 1980.

Así lo sustenta:

El Tribunal, por apreciar parcialmente los siguientes testimonios, dándole a su contenido un alcance que no tenía, esto es, por tergiversarlos, aplicó indebidamente los artículos 4, 5, 36 y 133 del Código Penal de 1980: Heduar Octavio Merchán Ruiz, José Eduardo Naranjo Jiménez, José Ismael Naranjo Jiménez, José Alfredo Tovar Rodríguez, William Alberto Ayala Joya, Gloria Marcila Peña, Hena Patricia Sarmiento, Oscar Yovany Rodríguez Becerra, incurrió en un falso juicio de identidad que lo condujo a violar de modo indirecto la ley sustancial. Pero, al tiempo, por no haber apreciado las declaraciones de Jorge Elías

Camacho, Carlos Ramiro Serrano, Carlos Arturo Caro Ballesteros y Carlos Augusto Saavedra, incurrió en falso juicio de existencia material por omisión de prueba y esto lo condujo a violar la ley sustancial de modo indirecto.

El Tribunal, en su fallo, extractó, para distorsionar su sentido, algunos apartes del contenido del primer grupo de declaraciones. De allí concluyó que Lemus Pedraza destinó los auxilios a pagar favores políticos. Pero sólo cuatro de los declarantes manifestaron que fue éste el motivo generador de la entrega de los auxilios. Los restantes, Yovany Rodríguez, Hena Patricia Sarmiento, Gloria Marcila Peña, William Alberto Ayala, José Alfredo Tovar, José Ismael y José Eduardo Naranjo Jiménez y Heduar Octavio Merchán, manifestaron que su apoyo económico obedeció exclusivamente a sus precarias condiciones económicas y a sus altas calidades académicas.

Pero, además, el juzgador ignoró las declaraciones de Pedro Augusto Saavedra, Carlos Arturo Caro, Carlos Ramiro Serrano y Jorge Elías Camacho, quienes afirman que el otorgamiento del auxilio obedeció a sus necesidades económicas y a su sobresaliente capacidad intelectual. La ayuda recibida, además, nunca estuvo condicionada a la prestación de favores políticos en favor del diputado.

El fallo, pues, se aparta del sentido verdadero que reflejan estas pruebas. Les otorga uno distinto al que real y objetivamente entrañan. Los declarantes no afirmaron haber recibido los auxilios a manera de pago por su actividad política en favor del procesado. Al contrario: lo negaron. Categóricamente refirieron que les fueron entregados en consideración a su estrato social y económico y sus calidades académicas y con el fin único de prestarles, por ese medio, un servicio social.

En este sentido, el Tribunal, al tergiversar el contenido de esas pruebas, incurrió en un falso juicio de identidad. Pero, además, al negarse a apreciar otras, incurrió en falso juicio de existencia material por omisión de pruebas. Todo ello lo condujo a aplicar

indebidamente el artículo 133 del Código Penal de 1980. Si hubiera apreciado de manera integral estos medios de prueba, habría concluido que la conducta atribuida a Lemus Pedraza era atípica. De ellas no podía inferirse que él había descrito los elementos constitutivos del delito de peculado por apropiación.

Pide a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a Lemus Pedraza del cargo imputado.

EL MINISTERIO PÚBLICO

De la siguiente manera se pronuncia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Primer cargo.

El censor acierta en la selección de la causal para orientar el ataque contra el fallo. En efecto, cuando se pretende demostrar un error en la calificación jurídica de la conducta, la vía apropiada para demandar la sentencia es la causal tercera de casación. Pero su desarrollo ha de realizarse de acuerdo con la causal primera. En este último punto se equivoca el recurrente.

En criterio del casacionista, el sentenciador no logró probar el elemento subjetivo propio del delito de peculado por apropiación. Lo que arroja el proceso, tal como lo ponen de presente los becarios que recibieron los aportes, es que los dineros materia del hecho punible fueron destinados a fines educativos. Pero lo que no quedó demostrado es que Lemus Pedraza se haya apropiado, para su propio beneficio, de esas sumas. Por ello la conducta no podía calificarse como peculado por apropiación sino como prevaricato.

La falta de técnica en la fundamentación del cargo, es evidente. Para demostrar su tesis, recurre a un escrito en el que controvierte los hechos desde su propio punto de vista. Pero no orienta su argumentación a probar, por la vía de la causal primera, si existió en la sentencia violación directa o indirecta de la ley sustancial y en qué sentido se presentó esa violación.

Por este único motivo -la falta de técnica-, el cargo no puede prosperar. Pero aún si se aceptara el debate libre que ha propuesto el censor, sus alegaciones carecen de asidero en la realidad procesal. Se le escapa al impugnante que el ingrediente subjetivo del delito de peculado, tal como está tipificado en el artículo 133 del Código Penal 1980, lo constituye la apropiación en provecho propio o de un tercero de bienes del Estado. En este caso, la apropiación de los dineros, así no hubieran engrosado las arcas del procesado, de todas maneras salieron del fisco hacia otras personas. En ese punto, radica el interés de apropiarse de los dineros públicos.

La verdad es que el comportamiento de Lemus Pedraza transgrede no sólo la norma penal citada, sino el artículo 355 de la Constitución Política. Este precepto es claro al señalar que “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

La discusión en torno a si Lemus Pedraza debe responder por peculado por apropiación en beneficio de terceros o por prevaricato, no tiene sentido en este proceso. En la resolución acusatoria, este punto, que hoy reitera el demandante en sede de casación, quedó clarificado. Allí se contempló la posibilidad, y con ese fin se compulsaron las copias pertinentes, de que quienes pudieron haber incurrido en la primera de las conductas, fueron los diputados de la Asamblea del Departamento de Boyacá, al expedir contra la legalidad la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991. Pero quien otorgó los auxilios en favor de personas naturales, en calidad de responsable del Fondo Aquitania, y con base en lo dispuesto en esa Ordenanza, fue el diputado Luis Orlando Lemus

Pedraza. Por eso a él no se le imputó el delito de prevaricato sino el de peculado por apropiación para favorecer a terceros.

Segundo cargo.

Este reproche, a juicio de la Delegada, tampoco debe prosperar. La apropiación presupuestada en el Decreto 001937 de diciembre 19 de 1990, no era una “situación consolidada”, como lo sostiene el censor. Dos razones respaldan este aserto: una, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en su providencia del 29 de mayo de 1991, cuando ordenó suspender provisionalmente algunos numerales del Decreto citado, se fundamentó para ello en que, de acuerdo con el Estatuto Fiscal del Departamento, los diputados no tenían función de ordenadores del gasto y eso los deslegitimaba para ordenar los auxilios; dos, la potestad de decretar auxilios en favor de personas naturales o jurídicas, quedó prohibida a partir del 4 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la Constitución Política de 1991.

A esa fecha aún no se habían ejecutado los gastos correspondientes a la partida prevista en el presupuesto para la vigencia fiscal de 1991. Lo que se hizo a través de la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991, fue reproducir un acto administrativo suspendido el 29 de mayo de 1991 por el Tribunal Administrativo de Boyacá. De este modo, al decretar esos auxilios, se violó el artículo 355 de la Constitución Política de 1991.

La Ley 38 de abril 21 de 1989, o Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, en su artículo 10°, consagra el siguiente principio general: “No podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción”.

Ello significa que el diputado Lemus Pedraza, al no haberse ejecutado las partidas dentro de la vigencia fiscal de 1991, no podía realizar aportes a particulares durante la vigencia de 1992, con cargo a fondos del fisco de la vigencia de 1991. Lo correcto era

proceder a devolverlos a la tesorería del ente territorial. De ahí que el simple hecho de adjudicar esos auxilios a particulares, luego de prohibidos los aportes por norma constitucional y en contra de la suspensión decretada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, permite dar por configurado el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Por eso el argumento del defensor, en el sentido de que la entrega de los auxilios, por haber sido permitidos durante la vigencia del artículo 76, numeral 20, y artículo 187, numerales 2 y 3, de la Constitución Política de 1886, era una situación consolidada, no tiene validez porque esas normas, a partir del 4 de julio de 1991, con la expedición de la Constitución Política de ese año, y concretamente por el artículo 380, quedaron expresamente derogadas. Y como sus efectos son de aplicación inmediata, no es dable conferirles efectos ultractivos.

Tercer cargo (subsidiario).

El censor afirma que se han aplicado indebidamente el artículo 133 del Código Penal de 1980, norma que se refiere al peculado por apropiación a favor de terceros, y el artículo 63 del mismo código, que asimila a la categoría de servidores públicos a los diputados de las Asambleas Departamentales. Pero, correlativamente, se ha dejado de aplicar el artículo 299 de la Constitución Política de 1991, mediante la cual se los excluyó de esa condición.

Para aclarar el punto, es preciso hacer un recuento de las normas pertinentes. En el artículo 299, inciso tercero, de la Constitución Política de 1991, se consagró expresamente que “los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos”. Con miras a modificar esta norma, se presentó el Proyecto de Reforma Constitucional N°. 185 de 1995.

El 22 de noviembre de 1995, en la Gaceta N°. 416, se publicó el texto definitivo, aprobado en segunda vuelta por la Cámara de Representantes. En él consta que los diputados

tendrán la calidad de servidores públicos. Luego de la respectiva discusión en el Senado de la República, el 21 de febrero de 1996 aparece publicado, en la Gaceta del Congreso N°. 44, el Acto Legislativo N°. 001 de enero 15 de 1996. Allí se transcribe el texto definitivo del artículo 299 reformado. En el inciso segundo de su texto, se señala que los diputados tendrán la calidad de servidores públicos.

De lo anterior se deduce lo siguiente: el artículo 299 original de la Constitución de 1991, en el que se consagraba que los diputados no tenían la calidad de servidores públicos, rigió hasta el 15 de enero de 1996. A partir de esta fecha, por obra del Acto Legislativo N°. 001, a los diputados se les otorgó el carácter de servidores públicos.

Esto es importante por lo siguiente: el delito de peculado a favor de terceros, atribuido a Luis Orlando Lemus Pedraza, se consumó entre el 3 de diciembre de 1991, fecha en que se reprodujo la Ordenanza 0017, hasta el 6 de marzo de 1992, fecha en que el Icetex devolvió los tres millones novecientos noventa mil pesos (\$3.990.000) correspondientes a los auxilios educativos.

El artículo 299 original de la Constitución de 1991, rigió hasta el 15 de enero de 1996, fecha en que fue modificado mediante el Acto Legislativo 001. Esto significa que el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, imputado a Lemus Pedraza, se consumó durante la vigencia del original artículo 299 de la Constitución Política de 1991, en el que se disponía que los diputados no tenían la calidad de servidores públicos.

Por tanto, cuando se consumó el delito, Lemus Pedraza no tenía la calidad de sujeto activo calificado exigida para el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

El argumento que puede anteponerse a esta tesis, no tiene validez. El artículo 123 de la Constitución Política de 1991, establece que los miembros de las corporaciones públicas tienen la condición genérica de servidores públicos. Una interpretación sistemática de este precepto y del artículo 63 del Código Penal de 1980, conduciría a

afirmar que el procesado, por su calidad de diputado, esto es, miembro de una corporación pública, puede ser sujeto activo del delito que se le ha atribuido.

La incongruencia entre los artículos 299 y 123 de la Constitución Política de 1991, puede resolverse de conformidad con la regla de armonización desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-444 de 1995. Mientras el artículo 123 consagra un cuantificador universal negativo (“los miembros de las corporaciones públicas”), el artículo 299 de la Carta regula un caso específico exceptivo (“los diputados”).

Estas dos normas, como lo ha enseñado la Corte Constitucional en la sentencia citada, pueden ser interpretadas dándole prelación a la que regula la excepción, esto es, al artículo 299 de la Constitución Política. Por tanto, no era conducente aplicar el artículo 63 del Código Penal de 1980.

El cargo, entonces, debe prosperar. Si el motivo para haber reformado el artículo 299 original de la Constitución Política de 1991, según la exposición de motivos del Acto Legislativo 001 del 15 de enero de 1996, era igualarlos en materia laboral y prestacional a todos los servidores públicos, por cuanto hasta ese momento venían siendo tratados como particulares, no hay razón válida, demostrado ese trato diferencial, para que en materia penal se mantenga esa discriminación y se juzgue a Lemus Pedraza como funcionario público.

El cargo, por estas razones, debe ser admitido por la Sala. Pero no así la petición del casacionista en los términos de su demanda. Si bien puede casarse la sentencia, la Corte no debe proferir, en su reemplazo, un fallo absolutorio. El hecho de que el procesado no reúna la calidad de funcionario público, lo que constituye un impedimento sustancial para juzgarlo por el delito de peculado previsto en el artículo 133 del Código Penal de 1980, no significa que la conducta deba quedar en la impunidad. La solución, en este caso, es sentenciarlo de conformidad con el artículo 138, numeral 2°, del Código Penal de 1980,

por cuanto él, sin la calidad de sujeto activo calificado, debe ser sancionado como autor del delito de peculado por extensión, en virtud de que se apropió de bienes de utilidad común no gubernamentales que tenía bajo su custodia.

Cuarto cargo (subsidiario).

El cargo, en materia de técnica, no resiste la crítica. Por tanto, no debe prosperar. El censor, bajo un mismo cargo, desarrolla dos tipos distintos de error. Acusa la sentencia de haber tergiversado un grupo de testimonios. Esa tergiversación dio lugar a que el Tribunal, por incurrir en error de hecho por falso juicio de identidad, violó de modo indirecto la ley sustancial. Pero simultáneamente, bajo el mismo cargo, refiriéndose a otra serie de declaraciones, acusa la sentencia de haber violado de modo indirecto la ley sustancial por errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión de prueba.

CONSIDERACIONES

Examinará la Sala, por separado, cada uno de los cargos formulados por el demandante:

Cargo primero

Esta censura, a causa de claros errores técnicos que afectan el fondo de la cuestión, no puede prosperar.

El equívoco en la denominación jurídica de la conducta, por cuanto implica un atentado contra el debido proceso, debe plantearse, como lo ha hecho el impugnante, al amparo de la causal tercera de casación. Sólo por este medio es posible, cuando se casa el fallo, retrotraer la actuación al momento de la calificación, si el funcionario es competente para reponerla, o del cierre de investigación, cuando no lo es, sin violar el principio de

congruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia.

Esto tiene su razón de ser. Si el error se subsanare con base en la causal primera, la Corte se vería abocada a proferir sentencia de sustitución. Y, al hacerlo, caería en un error de mayor entidad del que pretendía remediar: emitiría sentencia por un delito de naturaleza distinta al que fue incluido en el pliego acusatorio. Lo cual, en forma palmaria, vulneraría el principio de concordancia entre la acusación y la sentencia.

Por eso la lógica casacional exige que cuando se discute el error en la denominación jurídica de la conducta, prístinamente se formule el cargo al amparo de la causal tercera y se desarrolle con absoluta precisión y nitidez de acuerdo con las pautas técnicas de una de las dos vertientes de la causal primera.

Al emprender la demostración del yerro por esta vía, el recurrente debe partir de delimitar la forma del quebrantamiento de la ley sustancial. Si selecciona la forma de violación directa, ha de precisar, sin discutir los hechos ni la forma como los declaró probados el sentenciador, si la transgresión se produjo por falta de aplicación, por aplicación indebida al seleccionar la norma dentro de un mismo capítulo del Código Penal, o al interpretarla erróneamente por otorgarle un mayor o menor alcance del que tiene señalado.

Si se inclina por la forma de violación indirecta, ha de señalar la naturaleza del yerro cometido, el falso juicio que lo determinó, las pruebas afectadas y su trascendencia en las conclusiones del fallo.

En este cargo, el impugnante no discute la ley aplicable al caso –exclusión evidente de la norma aplicable, error de selección dentro del mismo capítulo del Código Penal o interpretación errónea del precepto de derecho-, evento en el cual lo adecuado era desarrollar la censura por la vía de la violación directa de la ley sustancial. Lo que cuestiona el censor es la denominación genérica del tipo objetivo. Sostiene, con

fundamento en los hechos probados, que su defendido no debió haber sido acusado y condenado por el delito de peculado por apropiación sino por prevaricato. Por tanto, dado que los delitos de peculado por apropiación (artículo 133 del Código Penal de 1980) y prevaricato (artículo 149 del mismo estatuto) se hallan en capítulos diferentes del estatuto punitivo, la vía correcta para fundamentar la censura era la violación indirecta de la ley sustantiva.

El censor se apartó de las pautas que disciplinan el desarrollo del cargo. Se limitó a oponer al del juzgador su particular criterio respecto de la denominación jurídica de la conducta. Como no se ciñó a la metodología prevista para fundamentar este tipo de reproches, la Sala, porque se lo impide el principio de limitación que rige en esta sede, no puede entrar a corregir sus inconsistencias para asumir a fondo su conocimiento.

Y esta tarea inabordable para la Corte se haría aun más complicada si tratara de desentrañar el querer final del actor, pues que alude a la nulidad por errónea calificación; le combina intrínsecamente la violación al derecho de defensa y al debido proceso, sin establecer distinción alguna entre estos; pide la anulación de todo lo actuado, incluida la calificación, pero sin determinar el momento procesal exacto que inicia el conculcamiento de la estructura procesal; apunta a aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal y a falta de aplicación del artículo 149 ibídem -lo que supondría pensar en violación directa de la ley sustantiva-, pero cuestionando la prueba; pregona la atipicidad de la conducta imputada, a pesar de que busca cambio de peculado a prevaricato; en otros párrafos analiza la prueba para concluir en la regularidad -y, por tanto, licitud- del comportamiento del procesado; cuestiona la construcción lógica del pliego acusatorio porque ha dificultado la defensa. Y todo esto lo suelta dentro de un mismo cargo. El olvido de los principios de la casación, así, es notorio.

Sin embargo, así se hubiera acoplado en esta materia a las características propias de la

casación, resulta pertinente afirmar que el recurrente ha hecho, respecto de la conducta objeto de juzgamiento, una lectura equivocada de los artículos 133 y 149 del Código Penal de 1980.

El comportamiento punible fue correctamente calificado. La conducta encuadra perfectamente dentro de los componentes del tipo penal denominado peculado por apropiación. Al procesado, en su condición de diputado, se le habían discernido las facultades de gestor y representante legal del Fondo Aquitania. En el desarrollo de sus funciones, gozaba de atribuciones para señalar las personas a quienes se debía beneficiar, dentro de las pautas señaladas por el Ictex, con los auxilios oficiales.

Esa potestad distributiva de los aportes, se derivaba de su participación en el proceso de creación, decreto y ordenación de ese rubro del gasto público. Dentro de la secuencia de operaciones propias del manejo general de los bienes estatales, sus actuaciones como gestor, representante legal y determinador de los adjudicatarios de los auxilios, correspondían a las de un co-administrador de esos fondos.

Si el poder de seleccionar los destinatarios de estos dineros fue ejercido en beneficio propio o de terceros, como lo consideró el Tribunal, tal conducta, sobre la base de ese supuesto, reúne los elementos del tipo penal contemplado en el artículo 133 del Código Penal de 1980. De otra forma más adecuada no podía calificarse este comportamiento.

El cargo, por tanto, se desestima.

Segundo cargo.

El casacionista ha expresado, queriendo basarse en los lineamientos de la causal primera de casación, que el Tribunal, por haber aplicado indebidamente el artículo 355 de la Constitución Política de 1991 y dejar de aplicar el artículo 76, numeral 20, de la Carta

Política de 1886, en concordancia con la Ley 25 de 1977, violó de modo directo la ley sustancial.

Erró el censor, sin embargo, en el desarrollo y en la fundamentación del reproche. Quien emprende la acusación de una sentencia por violación directa de la ley sustancial, debe ajustar su argumentación a una regla hasta hoy invariable: aceptar los hechos como están plasmados en la sentencia objeto de ataque y abstenerse de cuestionar la forma como se declararon probados. Esto fue dejado de lado por el actor, quien desde el principio enseña que tomará otros rumbos, cuando afirma:

“En el capítulo atinente a los hechos se ocupa el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de relatar bajo su perspectiva la situación factual que constituyó materia de investigación y de formulación de acusación. Para este fin...” (destaca la Sala).

Y, luego, para desplegar su propia concepción, añadió, aun cuando cuidándose de volver sobre los hechos y la prueba:

“Veamos ahora cuál debió ser el espectro normativo constitucional y legal que debió regular el caso que nos ocupa”.

El impugnante no ha observado el mandamiento atrás señalado. El Tribunal, al folio 28 de su sentencia, sostuvo, refiriéndose a la conducta del diputado Luis Orlando Lemus Pedraza:

“Resulta antijurídica porque vulneró el bien jurídico de la administración pública y deviene culpable porque enderezó su actividad a distraer las normas constitucionales y legales que a raíz de la reforma constitucional comenzaron a regir para impedir que los dineros públicos sirvieran de trampolín a las actividades proselitistas de los congresistas y diputados buscando interés obviamente político y lejos de cumplir con los loables propósitos definidos para el otorgamiento de las ayudas educativas se limitó, al elaborar

las listas de beneficiarios en la mayoría de los casos a devolver favores políticos sin tener en cuenta las pautas marcadas por el ICETEX de las ayudas para cubrir necesidades económicas o de sus familias y premiar el buen rendimiento académico” (Negrillas fuera de texto).

El demandante, en su argumentación, controvierte esta conclusión del Tribunal.

Después de afirmar que

“el pago de los auxilios a través del Fondo Aquitania cuyo gestor era el doctor Lemus Pedraza, realizados sí con posterioridad al 4 de julio de 1991, se sujetó como materia inescindible, al programa de control y a los expresos objetivos señalados en el Decreto 001937 del 19 de diciembre de 1990, donde se originaron”,

agrega:

“Fue tal el alcance de la trascendencia de la violación directa a la ley sustancial antes demostrada, que la estructuración de la responsabilidad penal del imputado desconoce abiertamente que la destinación de los auxilios hayan o no llegado a sus destinatarios y hubiesen sido utilizados de acuerdo a las previsiones que regulaban la materia; puesto que para el sentenciador bastó la verificación de que el pago de los auxilios se hubiera realizado posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y que la ilegalidad de tal proceder configuraba el delito de peculado por apropiación a favor de terceros” (Negrillas ajenas al texto).

De la confrontación objetiva de estos dos fragmentos –el primero de la sentencia y el segundo de la demanda-, se hace evidente que el casacionista discrepa de la descripción de los hechos contenida en la sentencia. Mientras el Tribunal sostiene que los auxilios parlamentarios fueron destinados a pagar favores políticos, el recurrente insiste, a contrapelo de este convencimiento del sentenciador, que se adjudicaron de conformidad

con las directrices impartidas en el Decreto 001937 del 19 de diciembre de 1990 y en los reglamentos del Icetex.

Pero ahonda más el impugnante. Disiente también de la forma como el juzgador halló probadas la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta. Mientras el Tribunal las deduce, en su orden, de la inobservancia de la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991 y del desacato a la suspensión de algunos artículos del decreto gubernamental ordenada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el censor afirma que la obtuvo de la simple verificación de que el pago de las partidas se hubiera efectuado con posterioridad a la vigencia de la nueva Constitución.

En cuanto tiene relación con la fundamentación del cargo, el demandante no logra desmontar la estructura lógica de la sentencia. De su raciocinio no surge, porque la falta de sustento no le permitía avanzar hasta ese punto, que entre la motivación de la sentencia y lo decidido en ella existía contradicción.

La verdad es que el Tribunal, luego de enmarcar los hechos dentro de unas pautas definidas y apreciar las pruebas existentes dentro del proceso de conformidad con los preceptos correspondientes, actuó en consecuencia. El censor no probó lo contrario. No hizo evidente que el fallador, al tomar la decisión de fondo, después de trazar en la sustentación de la sentencia un marco conceptual integrado por la definición de los hechos, la apreciación de las pruebas y la calificación jurídica de la conducta, se equivocó en derecho por aplicar indebidamente la norma que no concernía al caso y dejar de aplicar la que sí correspondía.

Sin que esta inconsonancia entre la parte resolutive y la parte motiva del fallo se hubiera demostrado, no puede aceptarse su ilegalidad por violación directa de la ley sustancial.

No prospera el cargo.

Tercer cargo (subsidiario).

Invoca la causal primera de casación (artículo 220, cuerpo primero, del Código Penal de 1991). La sentencia, dice, por no haber aplicado en ella el artículo 299 de la Constitución Política de 1991 y aplicar indebidamente, en cambio, los artículos 63 y 133 del Código Penal de 1980, es violatoria de la ley sustancial de manera directa.

Así lo sustenta:

La conducta imputada al doctor Luis Orlando Lemus Pedraza, consistente en la transferencia ilegal de auxilios parlamentarios, tuvo lugar, por fuerza de la Ordenanza 0017 de la misma fecha, el 3 de diciembre de 1991.

En ese momento, regía la Constitución Política de 1991, expedida el 4 de julio de ese mismo año 1991. En uno de sus artículos, concretamente en el 299, se dispuso: “Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos”. Si esa era la norma superior vigente en el momento de la comisión del hecho, no podía aplicarse, porque se trata de disposiciones que riñen entre sí, el artículo 63 del Código Penal de 1980, como indebidamente lo hizo el Tribunal.

Era preciso darle prelación a la norma constitucional. Mediante este procedimiento, se imponía concluir que Luis Orlando Lemus, al momento de la consumación del hecho, no ostentaba la calidad de servidor público. Y, como consecuencia de esta primera conclusión, necesariamente había que descartar que él, por carecer de la condición de sujeto activo calificado, no podía ser acusado ni sentenciado, en virtud de la atipicidad de la conducta, por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros (artículo 133 del Código Penal de 1980).

Por esta razón, solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y, en su lugar, profiera una de carácter absolutorio.

Como la censura carece de fundamento, no puede prosperar. En efecto:

a. De acuerdo con el artículo 133 del Código Penal de 1980, autor de peculado es el empleado oficial. Y según el artículo 63 del mismo estatuto, para todos los efectos de la ley penal, son empleados oficiales los trabajadores oficiales, los funcionarios públicos, los empleados públicos, los miembros de las corporaciones públicas y de las fuerzas armadas, así como, entre otras, toda persona que ejerza cualquier función pública. Coinciden pues, norma especial y norma general.

Un diputado, entonces, por ser integrante de una corporación pública -a más de cumplir una función pública-, frente a la ley penal es un empleado oficial. Podría decirse, así, que un diputado, aparte de que sea trabajador oficial, funcionario público o empleado público, puede ser autor de peculado, porque conforme con el artículo 63 del Código Penal de 1980, los componentes de las corporaciones públicas son empleados oficiales. Y el artículo 133 del Código Penal, repítese, tiene como sujeto activo al empleado oficial. La forma de vinculación del servidor al Estado -empleado público, trabajador oficial, etc.-, entonces, sería irrelevante, pues que, en concreto, para la ley penal un miembro de corporación pública es empleado oficial.

b. Evidentemente, el artículo 299 original de la Constitución Política expresaba en su inciso 3º. que “Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos”. Pero ello no contraría las normas penales atrás citadas porque, se insiste, la cualificación del diputado en materia de peculado no deviene porque, *strictu sensu*, sea o no funcionario público, sino porque de cara a la ley penal los conformantes de las corporaciones públicas son empleados oficiales, con el alcance que le da la normatividad penal y no la civil, laboral o administrativa.

c. El artículo 299 de la Constitución, con la reforma introducida con el Acto Legislativo No. 01 de 1996, afirmaba que los diputados “tendrán la calidad de servidores

públicos”. Pero, tal como se desprende de la exposición de motivos y de los debates impartidos al proyecto de Acto Legislativo en las Cámaras Legislativas, su finalidad era esencialmente administrativa, laboral y organizativa. De la revisión del material correspondiente resultan los objetivos. Véase:

Uno. Considerar a los diputados como servidores públicos “para que puedan recibir salario por su trabajo, aunque limitado a las épocas de sesiones, con sus correspondientes prestaciones”.

Dos. Simultanear las responsabilidades de los diputados con “un sistema de remuneración, prestacional y de seguridad social, que signifique la aplicación concreta de los principios de protección al trabajo y de igualdad de las personas ante la ley, sobre los que se inspira y justifica, en buena parte, el propio texto constitucional”.

Tres. “En el caso concreto de los diputados se les discrimina en la norma constitucional vigente al negárseles las consecuencias laborales deducidas de la condición de servidores públicos siéndolos y al disponérseles la aplicación de inhabilidades e incompatibilidades propios de otros funcionarios públicos, sin gozar a cambio de las mismas prerrogativas y derechos de aquellos”.

Cuatro. Para los diputados, “Se propone el otorgamiento de calidad de servidores públicos a fin de mantener el equilibrio con lo vigente en la normatividad” (Cfr. Gacetas del Congreso Nos. 76 -8 de mayo de 1995-, 337 -19 de octubre de 1995-, 375 -3 de noviembre de 1995- y 424 -24 de noviembre de 1995-).

Se quiso, entonces, darles la denominación de servidores públicos, para utilizar la terminología de la nueva Constitución y para que pudieran acceder a los salarios, prestaciones y demás ventajas laborales poseídas por aquellos trabajadores oficiales, empleados oficiales y, en general, servidores públicos. Ningún tema relacionado con la responsabilidad “penal” fue tocado, ni siquiera mencionado. Y en parte alguna se hizo

referencia a que con la reforma dejarían de ser miembros de las corporaciones públicas y, menos, para efectos penales.

d. A la letra o gramática, los artículos 123 y 299 de la Constitución Política de 1991, no son antinómicos, ni requieren de esfuerzos fuera de lo común para interpretarlos. En el primero de esos preceptos, se consagra el género de los servidores públicos. El siguiente es el texto de la parte pertinente de esa disposición: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores oficiales del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios” (La negrilla no corresponde al texto). La segunda de esas normas –el artículo 299 original-, establecía que “Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos”.

A las primeras de cambio, una lectura ligera de estos textos podría llevar a pensar que son contradictorios.

Un examen cuidadoso, sin embargo, despejaría la duda. La regla general establecería que los miembros de las corporaciones públicas –los diputados, entre ellos-, los empleados y trabajadores oficiales del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, serían servidores públicos (artículo 123 de la Constitución Política). Lo que dispondría el artículo 299 (original) de la Constitución Política de 1991, entonces, no sería que los diputados no estuvieran incluidos dentro del género de los servidores públicos, sino que dentro de ese género, su especie no sería la de funcionarios o empleados públicos. Serían, simple y llanamente, servidores públicos.

Aclarado el punto objeto de controversia, no resulta jurídicamente aceptable asumir como atípico el comportamiento atribuido al diputado Lemus Pedraza. Si volviéramos al literal d. acabado de citar, él, al momento de la consumación de

la conducta, era miembro de una corporación pública, no tenía la calidad de funcionario público (artículo 299 de la Constitución Política de 1991), pero sí tendría la de servidor público, por virtud de su pertenencia a una corporación de esa misma naturaleza jurídica (artículo 123 de la Carta). Por fuerza de la razón, entonces, se impone admitir que describió los elementos normativos y subjetivos del tipo penal del peculado por apropiación a favor de terceros (artículo 133 del Código Penal de 1980).

Queda claro, así, que en ningún momento, ni cuando cometió el hecho punible ni posteriormente, el diputado Luis Orlando Lemus Pedraza ha dejado de ostentar la calidad de sujeto activo calificado que requiere el delito de peculado por apropiación.

Un examen detallado de la normatividad aplicable a la conducta imputada, así lo confirma. Veamos:

El delito de peculado por apropiación (artículo 133 del Código Penal de 1980), se extendió entre el 3 de diciembre de 1991, fecha en que se produjo la Ordenanza 0017, y el 6 de marzo de 1992, fecha en que el Icetex devolvió los dineros correspondientes a los auxilios educativos.

La Constitución Política de 1991, comenzó a regir a partir del 4 de julio de ese año. En ese momento, además, estaba vigente el Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal). De conformidad con estas normas, entonces, debía juzgarse la conducta del procesado.

Por falta de fundamento legal, no prospera el cargo.

Cuarto cargo (subsidiario).

Lo formula al amparo de la causal primera de casación (artículo 220, cuerpo segundo, del Código de Procedimiento Penal de 1991). La sentencia es ilegal porque en ella el sentenciador, por tergiversar el contenido de algunos testimonios, incurrió en error

de hecho por falso juicio de identidad y, además, por no haber apreciado otros, cometió error de hecho por falso juicio de existencia. Estos yerros lo condujeron a violar la ley sustancial en forma directa por aplicación indebida de los artículos 4º, 5º, 36 y 133 del Código Penal de 1980.

Así lo sustenta:

El Tribunal apreció los testimonios de las siguientes personas: William Alberto Ayala Joya, David Bernal Peña, Édgar Octavio Merchán, José Ismael y José Eduardo Naranjo Jiménez, Óscar Giovanni Rodríguez Becerra, Magda Patricia Rojas Sarmiento, Flor Elba Ruiz Dueñas, Alexis Marcela Tovar, José Alfredo Tovar, Jaime Cajigas Daza y Carlos Enrique y Dary Liset Hernández Rodríguez.

De ahí concluye, por arte de tergiversar su contenido material, que todos recibieron los auxilios educativos en dinero. Pero que la ayuda de cuatro de ellos estuvo signada por intereses políticos.

Para probar que ninguno recibió el auxilio a modo de contraprestación por algún tipo de favor político debido al diputado Lemus Pedraza, cita los apartes pertinentes de las declaraciones de Óscar Yovanny Rodríguez, Hena Patricia Sarmiento, Gloria Marcila Peña, William Alberto Ayala, José Alfredo Tovar, José Ismael y José Eduardo Naranjo y Heduar Octavio Merchán. Y, a renglón seguido, anota que los aspectos probatorios omitidos en la apreciación de estas atestaciones, distorsionaron el proceso de estructuración del delito.

Luego cita los testimonios de las siguientes personas: Pedro Augusto Saavedra, Carlos Arturo Caro Ballesteros, Carlos Ramiro Serrano y Jorge Elías Camacho. Ninguno de ellos, subraya, afirma haber recibido los auxilios por razón de alguna presión o motivo político. Y, sin embargo, reafirma, el Tribunal se abstuvo de tenerlos en cuenta en la motivación de la sentencia.

Respecto del primer grupo de declarantes, argumenta, el sentenciador, por haber tergiversado el sentido de sus palabras, incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad; y con relación al segundo conjunto, sostiene que el fallador, por no haberlos considerado en la sentencia, cometió error de hecho por falso juicio de existencia.

Un error técnico, referido a la enunciación de la causal, advierte la Sala en este fragmento de la demanda. El recurrente, inicialmente, selecciona la causal primera de casación, en su modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, para acusar la sentencia. Pero luego concluye, contradiciéndose, que los yerros descubiertos en la sentencia condujeron al sentenciador a violar la ley sustantiva de modo directo. Del contexto general de su planteamiento, sin embargo, surge que su propósito es encaminar su reproche, como en efecto lo hace, por aquélla vía.

Bajo una misma causal -la primera de casación, cuerpo segundo-, el censor plantea la existencia de dos yerros de distinta especie. Pero lo hace de manera separada, sin apartarse de las prescripciones del principio de autonomía que rige en materia de este recurso extraordinario.

Habrà de referirse la Sala, enseguida, a la sustentación de los cargos. El casacionista, como se dijo líneas arriba, acusa la sentencia, en primer lugar, de violar la ley sustancial de modo indirecto por error de hecho derivado de falsos juicios de identidad en la apreciación de una serie de testimonios.

El falso juicio de identidad surge cuando el juzgador tergiversa, distorsiona o desdibuja el hecho que revela una determinada prueba. El recurrente ha acusado la sentencia de tergiversar los testimonios de William Alberto Ayala, José Alfredo Tovar, Heduar

Octavio Merchán y Jorge Eduardo Naranjo. En el fallo, el juzgador ha partido de la base de que estos cuatro declarantes “manifestaron que el otorgamiento de las becas obedeció a intereses políticos”.

En este punto, enfatiza el impugnante, radica el error de hecho por falso juicio de identidad que corroe la legalidad de la sentencia. Para probarlo, transcribe en la demanda los apartes esenciales de estas atestaciones. Ninguno de sus emisores niega haber recibido auxilios monetarios del diputado Lemus Pedraza.

Sobre el tema, el Tribunal dijo, textualmente:

“Se llamó a declarar a los beneficiarios cuyas versiones aparecen a folios..., quienes en su integridad dijeron haber recibido la totalidad de los auxilios educativos, pero cuatro de ellos manifestaron que el otorgamiento de las becas obedeció a intereses políticos. Así, a folio 149 WILLIAM ALBERTO AYALA manifiesta que él apoyaba al diputado LEMUS y le colaboraba en las reuniones para que fueran exitosas; también JOSÉ ALFREDO TOBAR aceptó que siempre le colaboró políticamente a LEMUS haciéndole publicidad y por esta razón fue que le solicitó el otorgamiento de una beca, lo que en efecto consiguió”.

“JOSÉ ISMAEL NARANJO también afirmó lo narrado por los declarantes anteriores lo mismo que su hermano JORGE EDUARDO. Finalmente, HEDUAR OCTAVIO MERCHÁN dice que acudía a las reuniones políticas que realizaban en Paipa y por tal razón le solicitó el otorgamiento de una beca”.

La revisión del expediente frente a las palabras del Tribunal permiten concluir, sin ninguna duda, que no tergiversó a los cuatro testigos -en realidad, cinco- y que, al contrario, lo que afirma es cierto. Veamos:

Ayala, tranquilamente expresó que

“me la gartí una beca” (Fl. 149);

y cuando le preguntaron cuál creía era el motivo para que se la hubieran otorgado, contestó:

“Porque yo lo apoyaba en seguir y conseguir gente para que acudiera a esas reuniones ya que el doctor LEMUS PEDRAZA se iba a lanzar como diputado creo, y por esto el me ayudó en la beca para mi estudio” (Fl. 150).

Tovar, preguntado sobre el trámite que realizó para obtener el auxilio educativo, respondió:

“Simplemente hicimos política, es decir, le colaboramos políticamente al doctor LEMUS PEDRAZA. Nosotros incentivábamos la gente a votar, le decíamos que el doctor LEMUS PEDRAZA era buena...y un día estuve hablando con él y en una forma indirecta le solicité la beca al doctor LEMUS...” (Fl. 151).

Ismael Naranjo dijo:

“...políticamente conocimos al doctor Orlando Lemus, entonces él, me encontraba sin empleo pues estaba estudiando en la Universidad, le hablamos que si nos podía hacer un préstamo o que si nos ayudaba a conseguir empleo pero él estaba ocupado en su política, entonces dijo que les colaboramos en una beca o en algo para que se subsidien el estudio; y además porque nosotros le hemos colaborado políticamente...” (Fls. 153/4).

Jorge Eduardo Naranjo narró:

“En una reunión política que le hice yo al doctor LEMUS PEDRAZA...le manifesté que si me podía ayudar con una beca estudiantil y él me dijo que esperara un tiempo y como a los

dos meses me dio un formulario..." (Fl. 156).

Y al interrogarlo sobre el por qué del auxilio, respondió:

"Porque nosotros le colaboramos políticamente" (Fl. 157).

Y Merchán, quien conocía a LEMUS PEDRAZA por las reuniones políticas y por las campañas para lanzarse como diputado, enseñó como

"en Paipa busqué al doctor LEMUS, en una reunión política, en un directorio que tenían y le solicité la colaboración de un auxilio..." (Fl. 159).

Como se ve, el Tribunal no desdibujó ninguna de esas declaraciones. Simplemente las analizó siguiendo sus textos y plasmó en su decisión algo incontrovertible: los auxilios recibidos por las personas mencionadas estaban íntimamente ligados al despliegue político que hacían en pro del diputado. Ese es el interés al que se refiere el Ad quem. Por supuesto, ninguno de ellos dijo que hubiera sido presionado antes o después del logro de la beca para que favoreciera al procesado. Pero todos ellos recibieron el auxilio y todos ellos hacían política con el doctor Lemus Pedraza. La relación de causalidad, entonces, es nítida. Tanto como la conclusión del Tribunal.

Como la supuesta tergiversación apunta exclusivamente a los testigos mencionados y, como se ha visto, no hubo distorsión, el censor no tiene razón. No hubo, pues, violación indirecta de la ley sustancial debida a error por falso juicio de identidad.

Tampoco hubo infracción indirecta por falso juicio de existencia. El casacionista dice que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de los señores Saavedra, Caro, Serrano y Camacho, quienes apuntaban a que el logro de los auxilios no obedecía a motivos políticos.

Sobre la inocuidad del cargo, dígase:

a. Los ciudadanos mencionados no fueron, ni se ha dicho, destinatarios de auxilios. Ellos cumplían otra tarea: ayudarle al doctor Lemus Pedraza a seleccionar candidatos de auxilios y a repartir los formularios. Es lo que afirman. De modo que si el Tribunal no los hubiera tenido en cuenta, la omisión sería intrascendente.

b. Los cuatro testigos aluden a becas estudiantiles pero anteriores a aquellas que han sido objeto de investigación y de juzgamiento dentro de este asunto. Es fácil deducirlo: de una parte, las cuantías que refieren eran bien diversas a las entregadas después de la expedición de la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991; y, de la otra, los declarantes aluden a becas otorgadas entre 1986 y 1990. Y estas no han sido objeto de este proceso.

El Tribunal, entonces, perfectamente habría podido dejar por fuera de su estudio los cuatro testimonios.

c. El Ad quem ha expresado, según lo transcrito atrás, que declararon todos los beneficiarios de auxilios y que en relación con cuatro de ellos se estableció que todo obedecía a intereses políticos. Si los cuatro últimos señores hubieran sido objeto de becas –como lo entiende el demandante en casación–, es claro que estarían incluidos dentro de aquellos “todos” a que se refiere el Tribunal. Luego no los habría desatendido y, por tanto, no habría incurrido en falso juicio de existencia.

Pero hay algo de mayor importancia: aun en el supuesto de que el juez plural hubiera incurrido en los falsos juicios que le imputa el actor, la situación sería igual, es decir, la omisión resultaría irrelevante e intrascendente, porque:

El peculado que se acredita al diputado se presenta cuando el autor se apropia de bienes “en provecho propio o de terceros”. Sobre esta parte del tipo, es obvio que basta

el ánimo de señor y dueño materializado, con el propósito de que se obtenga provecho para el sujeto activo o para otro, aparte de que la finalidad sea sana o insana, debida o indebida. Lo relevante es, hasta aquí, que el autor se “apropie”, actúe como dueño, con el objetivo de favorecer. Y eso fue lo sucedido: el doctor Lemus Pedraza, tras las diligencias ilegales que hizo para recibir los auxilios, ciertamente entregó parte de la cantidad, con lo cual los destinatarios de los mismos obtuvieron ventaja para efectos educativos, aun cuando alguno de ellos (la señora madre de Yovany Rodríguez Becerra) utilizó los dineros también para mercado y para hospitalizar otro de sus hijos, que había sufrido una lesión en un brazo. Y eso –junto a los otros elementos del tipo- perfecciona el comportamiento punible.

Si se hubieran tergiversado unos testimonios y se hubiera dejado de lado el análisis de otros, las cosas, entonces, permanecerían incólumes pues es claro que el procesado se apoderó de bienes y, para bien o para mal, entregó a terceros parte de los dineros, es decir, los benefició.

Si la Corte prescindiera de las declaraciones atacadas por el demandante, lo único que quedaría en claro sería la destinación dada a los auxilios. Por este medio, se obtendría certidumbre en torno a que los dineros no se los apropió, para su beneficio personal, el procesado. Pero sí, en cambio, en favor de terceros, así hubieran sido aplicados a ayudas académicas, como se pasará a explicar.

El Gobernador de Boyacá, el 19 de diciembre de 1990, expidió el Decreto 001937. Mediante él dispuso la apropiación presupuestaria para la vigencia fiscal de 1991. Este decreto fue demandado. El 29 de mayo de 1991, el Tribunal Administrativo de Boyacá suspendió los artículos mediante los cuales se les conferían a los diputados del departamento facultades de ordenadores del gasto. Pese a estar suspendidas esas normas, la Asamblea Departamental, el 3 de diciembre de 1991, aprobó la Ordenanza 0017. En ella se reprodujo el acto administrativo que el Tribunal de esa especialidad había

suspendido el 29 de mayo de 1991.

La Constitución Nacional entró a regir el 4 de julio de 1991. En su artículo 355, prohibió a las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Decreto 001937 de diciembre de 1990, expedido por el Gobernador de Boyacá, cobró vida jurídica durante la vigencia de la Constitución Política de 1886. Pero fue suspendido el 29 de mayo de 1991. No obstante ello, y cuando ya regía el artículo 355 de la Constitución Nacional, la Asamblea reprodujo las disposiciones suspendidas mediante la Ordenanza 0017 del 3 de diciembre de 1991. Con respaldo en esta Ordenanza, porque no podría serlo en el suspendido Decreto 001937 de diciembre de 1990, se transfirieron los auxilios con los fines académicos de que da cuenta este proceso.

Por eso la ilicitud imputada a Luis Orlando Lemus, por sus especiales particularidades, no se desvirtúa. La Sala ha sostenido, con base en lo dispuesto en el artículo 5° transitorio de la Ley 5° de 1992, que si los auxilios se gestionaron antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 y se pagaron después de que entró a regir, tal conducta no comporta ilicitud. Y también ha dicho lo siguiente:

“En tratándose de los auxilios educativos autorizados por el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución Política de 1886, los aportes o saldos de los fondos educativos creados por parlamentarios en el ICETEX, estarán depositados en este instituto hasta cuando su creador los hubiere adjudicado, lo cual indica, que para estos casos, por considerarse una excepción, no se aplica la norma general contenida en el mismo cuerpo legal, que señala que dichos aportes debían gastarse o comprometerse antes del 31 de diciembre de 1990”. (Auto del 10 de abril de 1997, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll, radicación número 9357).

De ahí se desprende que, en esas condiciones, el gestor podía asignar los auxilios en

cualquier tiempo. Pero la situación que en esta providencia se debate es cualitativamente distinta.

La creación de los auxilios, por haberse ordenado mediante el Decreto 001937 del 19 diciembre de 1990, se gestionó antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991.

Pero como ese decreto fue aquietado por el Tribunal Administrativo de Tunja el 29 de mayo de 1991, no podía constituir, al perder su vigencia, fuente legítima para reproducir los artículos suspendidos, mediante la Ordenanza 0017 de diciembre 3 de 1991.

Es más: esta Ordenanza, por haberse expedido después de que entró a regir la Constitución Política de 1991 -el 4 de julio-, en sí misma desconocía lo preceptuado en el artículo 355 superior.

Si sobre esa base actuó el diputado Luis Orlando Lemus al otorgar los auxilios académicos relacionados en la sentencia impugnada, como en efecto lo hizo, no puede afirmarse que su conducta no comporta ilicitud. Su comportamiento es de perfiles sustancialmente diferentes al descrito por quienes gestionaron los aportes antes de la Constitución Política de 1991 y los otorgaron después.

El diputado Lemus, como miembro de la Asamblea Departamental de Boyacá, ostentaba la calidad de servidor público. Al gestionar y otorgar auxilios oficiales en favor de terceros, actuó en contravía de la prohibición establecida en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991. Por ello describió los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal denominado peculado por apropiación (artículo 133 del Código Penal de 1980).

No prospera, en consecuencia, el cargo.

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

RESUELVE

No casar la sentencia.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO
PINZÓN

ÁLVARO O. PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria