

Proceso No 16523

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 43

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS:

Decide la Sala sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de OSWALDO LEÓN LÓPEZ y ALBERTO DÍAZ LOZANO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esta capital el 12 de marzo de 1.999, confirmatoria del fallo emitido por el Juzgado 49 Penal del Circuito el 18 de noviembre de 1.998, mediante el cual se condenó a los procesados a la pena principal de 62 meses de prisión, multa de \$40.000 e interdicción de derechos y funciones públicas por 30 meses como responsables de los delitos de peculado por apropiación, en concurso. Por este mismo delito fue absuelto Alvaro Jesús Pérez Ortiz.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Es acertada la síntesis que del devenir fáctico aparece en el fallo de primer grado en los términos siguientes:

“Con fundamento en los reclamos efectuados por algunos contribuyentes, el

Departamento de Seguridad del Banco Popular de esta ciudad adelantó investigación interna por el cobro irregular de los cheques números 9544921 de fecha veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), por la suma de tres millones ciento setenta y tres mil pesos (\$3'173.000.00) de la cuenta corriente No.04210841-5 del banco Popular Sucursal San Facón perteneciente a la empresa Agendas Colombianas y el No. 5822252 del primero (1º) de noviembre de 1991, por valor de nueve millones doscientos veintidós mil pesos (\$9'222.000.00) de la cuenta corriente No.0310258450 del Banco Industrial Colombiano perteneciente a la empresa Jardines de los Andes, girados al Banco Popular con el fin de cancelar impuestos Nacionales y valor agregado IVA, los que no obstante estar girados a la referida Entidad, fueron consignados a la cuenta corriente No.050-24362-5 abierta por el supuesto ALBERTO REYES SASTOQUE en la sucursal Bogotá del Banco Popular, el día veinte (20) de noviembre del mismo año y por medio de la cual se produjo la defraudación”.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la justicia el primero de septiembre de 1.994 por la gerente del Banco Popular, sucursal los ministerios, Claudia Susana Arce Victoria, quien allegó junto a la queja criminal abundante prueba documental, destacándose las fotocopias de los informes del Departamento de Seguridad del Banco, de aperturas de cuentas, de los cheques en mención y del informe de peritación grafotécnico ordenado por esa entidad financiera.

Con estos elementos, el día 20 de ese mismo mes la Fiscalía 142 Seccional decretó formal apertura instructiva, escuchando en indagatoria a Alberto Díaz Lozano, así como admitiendo al Banco Popular como parte civil el 29 de agosto de 1.995.

Aportada diversa prueba testimonial y documental, sobresaliendo las declaraciones de Edgar Rozo Flórez, jefe de seguridad del Banco Popular y Jaime Torregroza Rozo, grafólogo al servicio de esa entidad y una vez escuchado Oswaldo Alberto León López en injurada y

como persona ausente vinculado Alvaro Jesús Pérez Ortiz, el 30 de agosto de 1.996 se resolvió la situación jurídica de los tres sindicados, imponiéndoles detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado en concurso.

Oído en indagatoria Pérez Ortiz, el 17 de febrero de 1.997 la investigación fue cerrada, calificándose el mérito de las pruebas el 16 de abril siguiente, con el proferimiento de resolución acusatoria en contra de los tres procesados por el delito que ameritó su detención, proveído que hubo de confirmar la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca el 19 de junio de 1.997, al desatar el recurso de apelación impetrado por los defensores de los inculpados, pero bajo la consideración de que tratándose el Banco Popular de una sociedad de Economía Mixta, cuyo capital social del Estado es del 99.5%, debían considerarse sus empleados como servidores públicos y por tanto los cargos a imputar serlo pero por el delito de peculado por apropiación, agravado y en concurso.

En firme el pliego acusatorio y una vez tramitada la etapa del juicio, se proferieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos sintetizados en precedencia.

DEMANDA:

Demanda a nombre de Oswaldo Alberto León López

Primer cargo.

El defensor de LEÓN LÓPEZ aduce un primer reproche contra la sentencia impugnada por vía de la causal tercera de casación, imputándole vulneración del derecho de defensa.

Señala el actor que a folios 246 a 251 y 260 a 263 obran el informe del Departamento de

Seguridad del Banco Popular y el dictamen grafotécnico del perito Jaime Torregroza Rozo dirigido a esa misma entidad, sin que de tales documentos se hubiera corrido traslado a las partes como lo dispone el artículo 264 y ss del C. de P.P., máxime cuando se trata de algunos elementos practicados por la propia entidad lesionada, imposibilitándose así la presentación de cuestionarios, o la solicitud de aclaración de los mismos etc.

Transcribe apartes del fallo de primer grado, que sostiene avalados por el Tribunal, haciendo notar cómo la defensa “nunca tuvo oportunidad de objetar el mencionado dictamen que fue valorado no sólo en contra del cajero Díaz López (sic), sino en contra de mi defendido como funcionario encargado del control de los cajeros de dicha sucursal”, preguntándose entonces “¿cuál fue la prueba directa o la indiciaria de su participación en la llamada empresa criminal?”

Segundo cargo.

Este cargo se sustenta en la causal primera y por él acusa el procurador judicial del procesado el fallo ahora por violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores en la apreciación de algunas pruebas que conllevaron el quebranto del artículo 133 del Código Penal, por aplicación indebida.

Advera el actor nunca haberse verificado si las copias de los formularios presentados por la empresa Jardines de los Andes tenían un sticker original de los entregados por la Administración de Impuestos Nacionales para los recaudos del tributo y que correspondieran al mismo cheque consignado en la cuenta abierta para la defraudación del Banco Popular con la reclamación a realizar posteriormente. Para el demandante ni la empresa Jardines de los Andes ni Supermicros SYS S.A. pagaron los impuestos por el valor del título valor girado por la suma de \$9'222.000.00 y por tanto LEÓN LÓPEZ no tenía que realizar el control de dichos recaudos, que entonces no se habrían efectuado, en la medida en que los stickers No. 02 026 01 0016292, 30 0, 31 8, 32 5 y 33 2 por \$1.500

se cancelaron en efectivo por parte de Antonio Rodríguez, no siendo susceptibles de revisión por el procesado.

Lo propio dice sucede con el trámite realizado el 25 de noviembre de 1.991, esto es la declaración y pago de impuestos de Carlos Pinillos por \$1.500, cuyos stickers fueron utilizados a su turno para el pago del impuesto de IVA por la suma de \$3'173.000 de la empresa Agecol Ltda, quien pretendió y alegó la cancelación del impuesto.

Por tanto, para el actor, nunca se cubrió el monto de los impuestos a que aludió la reclamación de las referidas empresas y tampoco se produjo el recaudo por el Banco Popular, aun cuando en efecto los dos cheques se hubieran recibido en la cuenta de Reyes Sastoque, correspondiéndole al procesado efectuar simplemente una inspección de los cuadros de las cajas, siendo factible que durante el transcurso de la verificación sumatoria, antes de la microfilmación, alguna persona les pusiera el sticker de recaudo de impuesto, sin ser ello cierto y menos corresponder al pago de las sumas \$9'222.000 y \$3'173.000.

El único efecto del sticker en cada uno de los cheques, asegura, era el de realizar la posterior reclamación del pago y crear el error en los funcionarios del Banco, razón por la cual las señaladas pruebas no se pueden tener en contra del procesado para atribuirle responsabilidad por el delito investigado.

Insiste así en que "no hacen parte de las pruebas indiciarias las utilizadas en contra del Cajero 01, puesto que necesariamente mi defendido era la persona que debía realizar la inspección de las operaciones realizadas a manera de totalización y cuadro de las mismas, cajero por cajero y no la revisión desde el punto de vista material operación por operación, a de quien declaró (sic) en la Inspección Judicial, puesto que en la práctica dado el volumen de trabajo es totalmente imposible hacerlo de tal manera presumiendo la buena fe de cada uno de los funcionarios cajeros y sólo cuando aparece un error o descuadre en la

totalización se realiza la verificación de operación por operación, aún en circunstancias normales se debe revisar el listado de consignaciones que llega con la fecha del día inmediatamente anterior y situación análoga para las consignaciones de otras sucursales, en la fecha la separación de cada uno de los conceptos de las consignaciones, esto es, servicios, impuestos, otros pagos, cheques por ventanilla, sobregiros y otras consignaciones nacionales y locales, volumen de trabajo que no implica revisar cada documento en sus características especiales, lo demás es responsabilidad del cajero”.

Tercer cargo.

En “subsidio” del reproche anterior, pero con sustento en los mismos motivos, postula el libelista este cargo por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 133 del C.P. y falta de aplicación del art. 137 ibídem, toda vez que se estaría frente a un delito de peculado culposo y no por apropiación.

Para el juez a quo -en argumentos acogidos por el Tribunal- el enjuiciado procedió con descuido de los deberes que le eran propios, lo que se traduce en los supuestos del art. 137 en cita.

Solicita así, frente al cargo por nulidad, se decrete la misma y remita el proceso ante la autoridad competente, y en relación con los dos restantes se profiera aquél que deba reemplazar la decisión cuestionada.

Demanda a nombre de Alberto Díaz Lozano

Primer cargo.

Acusa en primer orden el demandante la sentencia con fundamento en “la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial, error de derecho, cuando le confirió valor probatorio

a un medio de convicción allegado irregularmente a la actuación”.

Para el actor, desconoció el Tribunal el contenido de los artículos 264 y 266 id., pues el dictamen grafológico cuyo contenido literal reproduce, estuvo a cargo de Jaime Torregroza Rozo quien lo rindió por orden del Jefe de Seguridad del Banco Popular Edgar Rozo Flórez y no de la autoridad judicial correspondiente.

Para el demandante, a este mal llamado por los sentenciadores “dictamen pericial”, no podía dársele valor alguno, pues su designación incumplió todas las exigencias legales, de manera tal que si se suprime esta prueba necesariamente la actuación ha debido desembocar en sentencia absolutoria. Correspondía, según su criterio, nombrarse un perito de Medicina Legal o del CTI, pero no recaer sobre una persona particular como el grafólogo Torregroza Rozo y proveerlo el jefe de seguridad del Banco Popular.

Por tanto, si no se aportó legalmente al plenario el dictamen grafológico, mal puede afirmarse que fue DÍAZ LOZANO quien recibió, firmó las consignaciones, etc, y por ende que es responsable del delito por el que fue acusado y condenado.

Segundo cargo.

Está expuesto por el primer motivo casacional, acusando violación indirecta de la ley sustancial por errónea apreciación probatoria y desconocimiento del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

Para el actor, contrario a lo sostenido por el Tribunal, en la primera instancia poco detenimiento mereció al juzgador ocuparse de la duda propuesta por la defensa, ni existió por tanto un ponderado estudio tendiente a encontrar la verdad histórica. No se tomó en cuenta que la reclamación fue presentada al Banco Popular por la sociedad Jardines de los Andes, pero su gerente expresó desconocer la presunta defraudación, no existiendo de otra parte claridad en torno a si la sociedad Supermicros y Sistemas

S.A. había sido realmente encargada del pago de impuestos por \$9'222.000 o si este dinero le fue dado en préstamo.

Por tanto, ninguna verdad histórica se demostró claramente, aflorando en su lugar dudas no eliminadas sobre la participación y responsabilidad de DÍAZ LOZANO por el delito que se le imputó, dejándose por consiguiente de aplicar el artículo 445 del Estatuto Procesal Penal.

Peticiona entonces a la Corte casar el fallo recurrido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Demanda a nombre de Oswaldo Alberto León López

Primer cargo.

Observa el señor Procurador Delegado que los documentos a que alude el actor -informe y dictamen- fueron aportados a la investigación con la denuncia penal y producidos dentro del informativo administrativo No.041/94 adelantado por el Banco Popular, es decir, que se trata de pruebas como cualquiera otras, de modo que irregularidades en relación con las mismas deben postularse al amparo de la causal primera.

Si el actor estimaba que esos documentos eran prueba trasladada, así ha debido demostrarlo y entonces definir si se vulneraron las normas que imponían su incorporación mediante resolución o auto.

Pero prefirió acudir a la vía de nulidad, sin demostrar la vulneración del derecho de contradicción, pues el argumento simplemente formal de que hace falta la providencia que corra traslado del contenido de las pruebas a los acusados no cumple dicho cometido.

Los susodichos documentos, por demás, estuvieron siempre a disposición de los sujetos procesales, incluso los implicados fueron interrogados sobre algunos de los hechos de que daban cuenta los mismos, siendo prueba de ello, por ejemplo, que el cajero DÍAZ LOZANO hubiera manifestado no haber tenido conocimiento de las transacciones o que los funcionarios judiciales ordenaran la ratificación de su contenido por parte de sus autores, como así sucedió.

En conclusión, el cargo ha debido orientarse con apoyo en la causal primera y no en la tercera, sin que además pueda admitirse la vulneración de garantías procesales ante la ausencia de una providencia que pusiera en conocimiento de los sujetos las pruebas practicadas a instancias del Banco Popular, todo lo cual conduce a su desestimación.

Segundo cargo.

Para el Ministerio Público, defectos en la formulación de este cargo hacen imposible que prospere. Aun cuando alude a errores de hecho el actor no presenta las pruebas que estima indebidamente apreciadas y en qué consistió el yerro.

Supone, sin que obre prueba que respalde sus afirmaciones, el destino que habrían tenido los cuatro stickers para el pago de impuestos, pero sin destacar aquellos elementos de convicción que en su opinión fueron erradamente apreciados, pues ni siquiera hace mención al peritaje producido por el Banco Popular, ni a otra prueba que sustente la tesis promovida por el demandante.

El censor se limitó a presentar suposiciones sobre el decurso que pudieron haber tenido los acontecimientos, a partir de la manipulación de los stickers utilizados en el pago de las obligaciones, pero sin destacar la errónea apreciación de pruebas, todo con miras a que sea atendible su tesis según la cual las empresas que presentaron las reclamaciones ante el Banco Popular, que motivaron la investigación penal, no pagaron

los impuestos, no siendo responsable el procesado de delito alguno, conclusión que no concurre por yerros de apreciación, sino a través de las “suposiciones y teorías que fabrica el demandante para favorecer a su representado”, acudiendo inclusive a supuestos falsos, como el que pretende que LEÓN LÓPEZ sólo verificó los cuadros de caja, cuando es muy evidente que los cheques consignados por empresas distintas en momentos diversos, pese a advertir las irregularidades, el inspector de caja no evitó la defraudación, su labor no era meramente mecánica y por ello su proceder lo compromete.

Tercer cargo.

En relación con esta censura, precisa el Delegado que el actor modifica el sentido de lo expresado por el sentenciador para asumir la concurrencia del delito de peculado culposo en lugar del de por apropiación que se atribuye, cuando de él no soporta duda alguna el fallo.

Cuando el Tribunal refiere la infracción a los deberes de cuidado que tenían los procesados, no lo hace como referencia a un peculado culposo sino a las funciones que les correspondían en el Banco, aspecto que pretendió capitalizar el actor sin técnica de casación alguna, en pro de un delito culposo inexistente.

Demanda a nombre de Alberto Díaz Lozano

Primer cargo.

También frente a este reproche destaca el Delegado impropiedades de orden técnico, como que el demandante se conforma con reproducir el extenso dictamen, cuando su deber era el de demostrar su irregular aportación al expediente, descuidando además el resto de material probatorio que sirvió de fundamento a la sentencia.

De otra parte, pierde de vista el libelista que el dictamen del grafólogo fue

regularmente practicado dentro de la averiguación adelantada por el Banco Popular, de donde, como se dijo frente a similar tacha del otro libelo, ha debido entonces demostrarse irregularidades en la aplicación de normas relacionadas con el aporte y contradicción de las pruebas trasladadas.

En todo caso, el actor restringe el alcance del reproche al hecho de descartarse el susodicho dictamen, con la afirmación según la cual de no concurrir el mismo, otra distinta sería la decisión para su asistido, aseveración que elude considerar la presencia de otras pruebas sustentadoras del fallo, omitiendo entonces evidenciar la razón por la cual la decisión cuestionada quedaría sin soporte.

Este cargo también debe desestimarse.

Segundo cargo.

Es el no reconocimiento de la duda que debería favorecer al procesado, su origen.

Era entonces imprescindible que indicara las pruebas erradamente apreciadas y el motivo de ello. Pero simplemente el censor optó por recoger un aparte del fallo en el que se señalan algunas inquietudes sobre un aspecto aledaño de la investigación, para entonces reclamar la duda en favor del imputado.

Pero además, su enfoque está referido al pago hecho por la firma Jardines de los Andes, sin consultar que la condena comprendió además el concerniente con la empresa Agendas de Colombia, de donde no era la duda que conduciría a la absolución, sino la no presencia de un concurso de delitos, lo que tenía que sustentar el cargo. Sin embargo, este es un aspecto abandonado por el demandante cuando era prioritario en orden a la pretensión exhibida.

Tampoco este cargo estaría llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES:

Demanda a nombre de Oswaldo Alberto León López

Primer cargo.

El inicial reparo que contra la sentencia impugnada ha esbozado el defensor de LEÓN LÓPEZ, viene sustentado en la causal tercera de casación y acusa haberse proferido el fallo en un proceso viciado de nulidad merced a la presencia de irregularidades sustanciales afectantes del derecho de defensa del enjuiciado; concretamente, en tanto no se dio traslado del informe suscrito el 12 de agosto de 1.994 por Edgar Rozo Flórez como Jefe de Seguridad del Banco Popular y dirigido al Gerente Regional Zona 3 de dicha entidad, dando cuenta de los hechos detectados a través de la investigación interna efectuada, como tampoco de la peritación grafotécnica efectuada a instancias del propio Rozo Flórez y para la misma indagación, por Jaime Torregroza el 29 de julio de ese año.

El vicio se habría generado, acorde con los alegatos del demandante, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 264 y s.s. del Decreto 2700 de 1.991, como preceptos aplicables al caso y atinentes a la prueba pericial.

Bajo estas premisas, esto es, solamente a partir de asumir que los elementos documentales referidos constituyen prueba pericial, podría entenderse la exigencia que el actor eleva a la categoría de presupuesto para el ejercicio del contradictorio y consiguientemente la reclamación de haberse vulnerado el derecho de defensa del procesado como motivo de nulidad en casación.

Sin embargo, el punto de partida que toma el censor es errado y por tanto lo es también el efecto lesivo de la garantía de defensa que consecuentemente reclama.

El oficio informando a la gerencia del Banco Popular sobre los hechos que

posteriormente motivaron la iniciación del proceso penal y el peritaje que se ordenó al interior de esa institución estatal para su esclarecimiento, no configuran, en modo alguno, prueba pericial.

De ahí que no solamente su aportación al proceso no hubiera tenido origen en la orden de un funcionario judicial (artículo 264, Estatuto Procesal de 1.991) sino que -no participando de esa naturaleza- tampoco le eran exigibles aquellos requisitos inherentes a esta clase de prueba, tales como la formulación de los cuestionarios pertinentes, el término para su rendición, ni la contradicción en voces del artículo 270 ibídem., o para su objeción (art. 271 id.) etc., conforme alude el demandante.

Tal y como certeramente lo glosa el Procurador Delegado, los citados documentos acompañaron -a manera de anexos- la queja criminal formulada por la Gerente de la Oficina Los Ministerios del Banco Popular, Claudia Susana Arce Victoria, presentada el 1º de septiembre de 1.994.

Y, aun cuando los juzgadores acogiendo la denominación que se le diera en el origen de su práctica, calificaron esa prueba de peritación, esta circunstancia no modifica el hecho de corresponder, realmente, a un informe técnico de orden documental que reposando en la entidad pública esquilhada en sus recursos, se acompañó para respaldar los hechos de la denuncia.

De ahí que ninguna entidad distinta puedan tener esos documentos, que la de tratarse de informes técnicos referidos a datos y constataciones que aparecían en los libros internos del Banco Popular, o “en sus archivos o en cualquier objeto” y que necesariamente estaban “destinados a demostrar hechos” que interesaban a la investigación (artículos 278 del Decreto 2700/91 y 263 de la Ley 600/00).

Si, como en efecto queda demostrado, no se trataba de una prueba pericial recaudada en desarrollo del proceso penal, resulta equivocado exigir para su contradicción el

adelantamiento del trámite específico inherente y propio de esa clase de elementos de convicción, pues resulta suficiente, como así ocurrió, que se salvaguardaran aquellas garantías judiciales que en el proceso penal imponen el derecho a controvertir en general las pruebas que se alleguen en contra del sindicado, en defensa del poder de refutación de los cargos que tutela la Carta Política en el artículo 29, conforme acá sucedió.

No era exigible, por tanto, auto o resolución que corriera traslado de dichas pruebas, como que entraron al torrente procesal desde la propia denuncia y ellas fueron conocidas desde el comienzo de la instrucción por los diversos sujetos intervinientes e inclusive interrogados los inculcados sobre su contenido en las indagatorias, así como ratificadas en desarrollo del proceso penal por quienes las suscribieron originalmente dentro de las averiguaciones internas del Banco Popular, por lo que carece del mas mínimo fundamento la afirmación del demandante según la cual “nunca tuvo oportunidad de objetar el mencionado dictamen”.

A este respecto son pertinentes las glosas del Ministerio Público, cuando precisa:

“El casacionista prefirió fundamentar su censura en la causal tercera de casación, alegando genéricamente una violación del derecho a la contradicción, que no logra demostrar con el argumento, simplemente formal, de que hace falta una providencia que corra traslado del contenido de las pruebas a los acusados.

“Este, se insiste, es un argumento meramente formal, porque si bien la ley establece la necesidad de poner a disposición de los sujetos procesales un determinado tipo de pruebas, tal formalismo -la providencia que lo ordena o la constancia del secretario del despacho judicial, según sea el caso- no cumple propósito diferente al de preservar las garantías de los implicados, de manera que cuando la actividad procesal demuestra que los procesados tuvieron total acceso al contenido de las pruebas y oportunidades de discutir su contenido y contradecirlo, la falta de providencia o de la constancia no

alcanza, en forma alguna, la entidad de irregularidad sustancial en tanto que no trasciende a la afectación de las garantías procesales, y por lo mismo, no puede erigirse en causal de anulación.

“Lo que se puede advertir en este expediente, a este respecto, es que los documentos fueron aportados oportunamente por la denunciante y estuvieron siempre a disposición de los sujetos procesales; incluso los implicados vinculados mediante indagatoria fueron interrogados concreta y específicamente por algunos de los hechos que constan en los documentos aportados por los funcionarios del Banco Popular, según consta en las actas respectivas y siempre la defensa tuvo la oportunidad de controvertir el contenido de dichas pruebas”.

Este cargo resulta así infundado.

Segundo cargo.

De manera profusa la doctrina de la Corte en técnica de casación ha tenido oportunidad de señalar que tratándose de errores en la apreciación probatoria, en el sentido de vulneración a la ley sustancial por la vía indirecta, es de elemental exigencia que el demandante indique en forma clara y precisa además de la naturaleza del yerro acusado, la concreta modalidad en que el mismo se manifiesta, esto es, que resulta de imperativa postulación el deber de indicar -si del error de hecho se trata- el falso juicio de existencia, identidad o falso raciocinio concurrente, sobre la base de que los defectos de apreciación de la prueba no pueden edificarse con genéricas argumentaciones controversiales en el análisis de los diversos medios de convicción allegados al proceso.

Recordar estas básicas y conocidas nociones sirve al propósito de destacar cómo el segundo de los reproches propuestos, salvo anunciar que está cimentado en yerros fácticos, ninguna concreción hizo sobre la índole de los que acusaba al fallo impugnado.

En lugar de ello, el demandante concibió una hipotética secuencia de los hechos, para explicar su devenir, de manera tal que según ella en relación con las consignaciones por concepto de pago de IVA por \$9'222.000. efectuada con el cheque No.5822252 el 1º de noviembre de 1.991 y por \$3'173.000 mediante el título No.9544921 del día 22 del mismo mes, nunca se verificó si los documentos de cancelación de los impuestos por las empresas Jardines de los Andes -o la de contabilidad Supermicros SYS S.A.-, o Agecol Ltda, contenían stickers originales. Mas aún cuando según su criterio existirían serias dudas de que efectivamente los pagos se hubieran efectuado por parte de aquéllas, que simplemente afirmaron el pago con base en los stickers puestos en los cheques.

Nadie duda que los autoadhesivos puestos en los títulos valores fueron tomados de otras contribuciones por menor valor efectuadas para dar el visto de su regularidad, lo cual en manera alguna significa que esos recursos, por parte de las empresas que tributaban, no hayan sido dispuestos para pagar las obligaciones por los susodichos valores y que, en su lugar, fueron procesadas a buena cuenta de un particular para de esa manera lograr su apropiación.

Sin embargo, desde la margen del libelista, tales pruebas no pueden tenerse en contra del procesado para endilgarle responsabilidad, menos aún cuando dadas sus funciones las operaciones revisadas lo eran cajero por cajero y no operación por operación, apreciación que desdice de las funciones que realmente debía cumplir en el cargo que ocupaba en la entidad bancaria.

En condiciones semejantes, surge evidente que la postulación de errores de hecho no pasó de ser un simple enunciado carente del más mínimo desarrollo, como que las alegaciones del demandante nunca procuraron demostrar la presencia de los yerros fácticos acusados, sino una diversa manera de comprender el desarrollo de los acontecimientos, que ni siquiera es consecuente en el propósito que los motiva, como que no se expone la decisión a que conduciría el alegato presentado, pues ninguna concreta

solicitud se eleva a ese respecto.

En estas condiciones, este cargo tampoco es viable.

Tercer cargo.

Con carácter subsidiario del precedente, pero invocando los mismos motivos, aduce el actor este cargo por violación directa de la ley sustancial, acusando aplicación indebida del artículo 133 del C.P. y falta de aplicación del art. 137 ibídem, toda vez que la conducta investigada tipificaría el delito de peculado culposo y no por apropiación, como así hubo de reconocerlo el fallo de primer grado y ser avalado por el Tribunal.

En sustento de esta censura dice simplemente que al acoger como propios el Tribunal los argumentos del sentenciador de primera instancia, se está aceptando que el procesado LEÓN LÓPEZ obró con descuido de sus deberes funcionales oficiales, lo cual configura, en estricto sentido, una conducta culposa y no dolosa, es decir, que el delito que le sería atribuible es el de peculado pero en aquella modalidad.

Por el enfoque de la censura, esto es, cimentada en la causal primera de casación y sobre la base de haberse vulnerado directamente la ley sustancial en la sentencia, al reconocerse que la conducta del procesado fue culposa y sin embargo ser condenado por el reato de peculado por apropiación, figura esencialmente dolosa, en principio el reproche estaría conforme con la técnica de casación, pues ilustraría que pese a admitir esta modalidad delictiva el juzgador dejó de aplicar la norma correspondiente que la contempla para en su lugar acoger un precepto distinto.

Sin embargo, advierte la Corte que la propuesta del demandante está construida a partir de una evidente descontextualización del verdadero contenido del fallo proferido por el Juzgado 49 Penal del Circuito.

En realidad, en esta decisión fuera de toda duda está el hecho de que para el sentenciador -en perfecta armonía con el pliego acusatorio-, el delito imputable a los procesados no es otro que el de peculado por apropiación.

Desde luego, la apropiación dolosa de bienes del Estado es para la sentencia indubitable. Dicha concreción típica se define en los fallos a partir de considerar que los recursos que por concepto de pago de impuestos se pretendieron consignar en el Banco Popular por la suma de \$12'395.000, fueron desviados a la cuenta de Alberto Reyes Sastoque con la imprescindible participación de empleados de la Corporación, entre ellos LEÓN LÓPEZ, en su condición de inspector de caja, a quien, entre otras funciones le competía revisar las operaciones efectuadas por los cajeros, resultándole particularmente ineludible en relación con trámites de esta clase de pagos detectar que los dineros por este concepto se habían consignado en una operación manipulada por el cajero Díaz Lozano. Tales recursos, en efecto, fueron apropiados ilícitamente, todo lo cual se explicó a partir de un proceder eminentemente doloso, aun cuando los sentenciadores resaltarán el incumplimiento de los deberes funcionales de los implicados, pero en el propósito de evidenciar otra clase de implicaciones o facetas de su ilícito proceder y no para hacer equívoco el hecho de merecer esta conducta la calificación de dolosa, en la medida en que aquéllos conocían los hechos constitutivos de la infracción y quisieron su efectiva concreción.

El juzgado de primera instancia, si bien alude al hecho de no haberse advertido por los inculcados "las irregularidades que presentaban las transacciones realizadas", excluye por no ser atendibles las explicaciones de LEÓN LÓPEZ "por cuanto los medios probatorios allegados y analizados demuestran de manera directa su responsabilidad, ya que su labor no era simplemente la de confrontar las sumas totales de las operaciones, sino como él mismo lo admite en el curso de la investigación, la de dejar en las casillas los cheques destinados a canje y pago de impuesto, además solicitaba resúmenes a través del microcomputador, de ahí que sea inaceptable que de acuerdo a

dicha labor no pudiera detectar las referidas irregularidades, de donde deviene su grave compromiso de haber actuado mancomunadamente con el Cajero F1 (sic) desde donde se recibieron los títulos valores que finalmente fueron desviados a una cuenta abierta a nombre de un tercero, endilgándosele por consiguiente su actuar a título de dolo”.

A su turno, el Tribunal sobre este particular señaló:

“la Sala se ha dado a la tarea de someter a exhaustivo análisis los distintos elementos de persuasión obrantes en el plenario y como consecuencia de tal labor ha encontrado circunstancias plenamente establecidas, que inexorablemente conducen a que se tenga como evidente la traición al normal funcionamiento de los deberes oficiales en cuanto a la custodia de los bienes puestos bajo el cuidado de los funcionarios enjuiciados, pues, éstos, estaban en la obligación de conducirse lealmente con la Administración, siendo en el peculado relacionada esa lealtad con los bienes a ellos encomendados...”, apropiación que se produjo “bajo el auspicio de funcionarios que violaron el deber que les asistía en ejercicio de la función pública por ellos desarrollada”.

Las reseñadas afirmaciones del Tribunal son también tomadas por el actor para pretender asumir que de ellas emana el peculado en la modalidad culposa. No obstante, tampoco es dable una conclusión semejante en la medida en que resaltar el nexo funcional conduce en el fallo a destacar más la indiferencia de los enjuiciados frente a las motivaciones de su conducta y a las expectativas que generaba su condición de servidores de una entidad del Estado -en el caso concreto recaudadora de impuestos- pero no como para desvirtuar su participación en los hechos que determinaron su condena por la modalidad dolosa del peculado por apropiación.

El cargo es infundado y por lo mismo impróspero.

Demanda a nombre de Alberto Díaz Lozano.

Primer cargo.

Este ataque a la sentencia está sustentado en la causal primera, cuerpo segundo de casación, acusando violación directa de la ley sustancial, por error de derecho, en razón de haberse otorgado valor probatorio a un medio de convicción que se dice irregularmente allegado al proceso, esto es, con desconocimiento de lo dispuesto por los artículo 264 y 266 del C. de P.P., toda vez que el dictamen pericial no fue rendido a instancias de la justicia ni cumplió con todos los ritos de formación.

Como es evidente, la imprecisión técnica en el propio enunciado del cargo resulta elocuente. No es expresión de la violación directa de la ley sustancial el error de derecho que, como es bien sabido, corresponde y emana de la vulneración indirecta en tanto tiene que ver con los ritos de formación o la manera en que una prueba es aportada o allegada al proceso, aspecto que eventualmente conduce al quebranto de preceptos sustanciales pero en forma mediata.

A este protuberante defecto en el propio enunciado, le siguen otros más en su desarrollo que conducen por igual a su desestimación.

En efecto, aún en el entendido de que la vulneración demandada corresponde en sentido estricto al error de derecho propio de la vía indirecta, es inusitado el método que el demandante emplea para demostrarlo.

Como ya se advirtió, esta clase de defecto en la apreciación de una prueba concurre cuando el juzgador al contemplarla pretermite las normas que establecen su producción, valoración o eficacia, esto es, se trata del desconocimiento de aquellos preceptos reguladores de la manera como la prueba debe ser incorporada al proceso, desde un punto de observación estrictamente formal o, teóricamente, de los que disponen el mérito de convicción que a ella se atribuye o, en fin, los que señalan la exigencia de un medio en particular para poder demostrar un hecho.

Sin embargo, como ya se dijo, inidóneo se presenta para el propósito de demostrar esta clase de defecto probatorio, que el demandante hubiera procedido a reproducir el extenso contenido del dictamen a que alude irregularmente acopiado a la investigación, cuando lo que tenía era que definir la naturaleza de esta prueba y según su índole evidenciar qué ritos le correspondía cumplir para ingresar al torrente probatorio.

Sin desmedro de tales deficiencias -de suyo significativas para rechazar la censura- desapercibe además el actor, como hubo de observarse al responder el cargo primero de la demanda proyectada a nombre de LEÓN LÓPEZ, que el aludido dictamen fue incorporado a la investigación a manera de anexo por la propia quejosa en su denuncia, circunstancia que desde luego elude las exigencias inherentes a una prueba pericial ordenada por una autoridad judicial de cuya naturaleza carecía, siendo también impertinente darle tratamiento de prueba trasladada y tampoco pertinente por tanto, hacer confluir en este caso el procedimiento relativo a esta clase de elementos de convicción.

Tal documento, como fue observado y definido por la Corte en precedencia, corresponde realmente a un informe técnico que comprende las averiguaciones internas adelantadas por el Banco Popular en orden a conocer las falencias que determinaron la ocurrencia de los hechos, destinado a demostrar aspectos de suma importancia para la investigación (artículos 278 del Decreto 2700/91 y 263 de la Ley 600/00).

Por último, como tinosamente lo hace ver el Procurador Delegado, aun cuando en el caso concreto se aceptase “que el informe rendido por el perito debe ser removido como elemento de convicción del juez de segunda instancia, pero subsisten otras pruebas que apoyan su decisión, la sentencia de casación no puede más que reconocer el error en el proceso de aporte de la prueba, mas no puede romper el fallo ante la persistencia de elementos de juicio capaces de fundamentar la decisión”, de donde, abandonado el reproche a un simple enunciado, inepto en la demostración de la trascendencia que

eventualmente habría tenido la prueba en orden a la definición del proceso, o lo que es igual, el carácter vinculante y definitorio de cara a la composición del fallo en relación con DÍAZ LOZANO, este es otro motivo más para enfatizar sobre la improsperidad del cargo.

Segundo cargo.

La propuesta en este caso se encamina por violación indirecta de la ley sustancial bajo el genérico enunciado de haberse incurrido en errónea apreciación probatoria y desconocimiento del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

Al margen de esta teórica postulación, de manera especulativa y polémica, alega el casacionista no haberse tenido en cuenta por los falladores que si bien la sociedad Jardines de los Andes reclamó al Banco Popular, su gerente expresó desconocer la presunta defraudación; tampoco existiendo claridad en torno a si la sociedad Supermicros y Sistemas S.A. había sido realmente encargada del pago de impuestos por \$9'222.000 o si este dinero le fue dado en préstamo, de donde ninguna verdad histórica fue demostrada claramente, aflorando en su lugar dudas no eliminadas sobre la participación y responsabilidad de DÍAZ LOZANO en el delito que se le imputó.

La precariedad técnica en el enunciado y argumentación de esta censura es paladina, pues bien es sabido que la duda que debe favorecer al procesado, cuando es alegada en casación por la vía indirecta exige la concreción de los yerros fácticos o jurídicos que han dado lugar a su negativa y consiguiente falta de reconocimiento, sin que sea admisible exponer en forma aislada, con enunciados divorciados del contenido del fallo, la secuencia de los hechos a través de una interesada valoración de las pruebas, queriendo anteponerla al detenido análisis que la decisión impugnada hubo de concretar al proferir la condena.

Es muy evidente que DÍAZ LOZANO como cajero de la terminal F1 del Banco Popular -

sucursal los ministerios- el 21 de noviembre de 1.991 recibió la consignación de la suma de \$9'237.000.00 que incluía un cheque por \$9'222.000.00, suma con la cual la empresa Jardines de los Andes cancelaban impuestos, procesándola en la cuenta corriente No. 050243625 abierta el día anterior en otra sucursal por quien se habría identificado como Carlos Alberto Reyes Sastoque, operación que se había intentado efectuar el día anterior, ante el mismo cajero en tres oportunidades, sin que el sistema la tolerara. El día 25 de ese mismo mes y año el mismo cajero procesó una nueva consignación tributaria de la firma Agecol Ltda, en la cuenta del referido particular.

Por esta vía dichos recursos, cuyo cometido era el pago de impuestos, fueron apropiados con la determinante participación de DÍAZ LOZANO, en su condición de cajero y, según se vio, de LEÓN LÓPEZ como inspector de cajeros.

Aparte de que el actor toma uno solo de los hechos investigados para construir su tesis defensiva según la cual los impuestos a cargo de Jardines de los Andes no fueron cancelados, descuida el valor por idéntico concepto pagado por la empresa Agendas de Colombia Ltda., carece en todo caso esa afirmación del menor sustento probatorio, por lo que debe calificarse de eminentemente especulativa. Tales firmas pusieron la queja al encontrar que sus consignaciones no se reflejaron en el pago de la tributación, estableciéndose a partir de las mismas el destino que finalmente se les dio a los dineros.

En forma semejante, lejos de llegar a demostrar la duda en favor del procesado, a través de la vía escogida se ocupó el censor de presentar una confrontación probatoria parcial de los hechos que le fueran imputados a DÍAZ LOZANO, distante de los yerros de apreciación atacables en casación, manera de argumentar que conduce inexorablemente a que el cargo no prospere.

Finalmente, en vista de que con la decisión de la Sala el fallo se mantiene incólume, debe advertirse que cualquier efecto favorable que pudiese derivarse de la aplicación del

nuevo Código Penal, corresponderá al respectivo Juez de Ejecución de Penal, acorde con lo previsto por el art. 79.7 de la Ley 600 de 2.000.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Comisión de servicio

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

