

Proceso N° 16695

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

Dr. HERMAN GALAN CASTELLANOS

APROBADO ACTA No.103

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil uno (2001).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, a nombre de los procesados HENRY BERNAL COCUNUBO, JORGE VARGAS PEREZ, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

I. Proceso adelantado por la Fiscalía 250 Seccional de la Unidad de Investigaciones Especiales con sede en Bogotá. En estos hechos fue ofendido el Banco de Colombia.

EMPACOR S.A. remitía los documentos y los cheques para el pago de los impuestos de retención en la fuente e IVA con el empleado MARIO ANTONIO CABRERA ZAMBRANO. Este los entregaba a sus compañeros de delincuencia, quienes falsificaban el sello de

recibido del Banco de Colombia, adherían un sticker adulterado y el mensajero devolvía a la empresa copia de la declaración simulando la cancelación de la obligación tributaria.

El título valor girado con nota de circulación restringida se abonaba a cuentas utilizadas por los delincuentes, de donde luego eran sacados los dineros. Una de tales cuentas fue abierta en la Oficina de Paloquemao del Banco de Colombia, por sugerencia de PEDRO ENRIQUE NIETO ENCISO hecha a LUZ MARIA GARCES CASTILLO y WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO, quedando aquella a nombre de éste último.

Para efectos del trámite interno en el Banco se elaboraba un cheque con datos similares a los contenidos con el que se pagaba el tributo, formatos que correspondían a chequeras del Banco de Colombia de procedencia ilícita. Aquellos se utilizaban para cambiarlos por los legítimos, luego de efectuado el canje y de registrarse contablemente la operación en la cinta magnética, se destruían los cheques apócrifos. Al regresar nuevamente al canje los títulos valores de procedencia lícita estaban adulterados en sus sellos de recibido, visados, y demás.

En algunas ocasiones se fingía una compra de mercancías a CAVIEDES FORERO y GARCES CASTILLO, por cifras ínfimas, quienes cobraban los cheques directamente o por consignación, devolviendo el saldo en efectivo, dado que los títulos valores oscilaban entre seis y ciento treinta millones de pesos.

La defraudación se ejecutó con el pago de los siguientes impuestos:

a. Retención en la fuente de octubre de 1991. Formulario de declaración 911040395365 por \$18.508.519. Tiene fecha de presentación ante el Banco del 22 de noviembre de 1991, pero en la última cifra del número del día fue borrado el dígito 7 y reemplazado por el número dos. Este pago se gestionó con el cheque C 3986355 del 20 de noviembre de 1991 del Banco de Colombia, cuenta 009701177, a favor de la entidad bancaria en

mención. El sticker 03157 - 01028952 - 9 que se colocó al formulario no coincide con el adhesivo (03163 - 01106304 - 1) que aparece en el cheque. Dichos sticker fueron adquiridos por MARIO FERNANDO VASQUEZ MARIN.

ALFONSO GUALTEROS LLANOS, por orden de JOSE MARIA ALVAREZ, valiéndose de recomendaciones comerciales falsas, abrió (20 de noviembre de 1991) en el Banco de Colombia (Corabastos) la cuenta corriente 2150145611 - 6 con una cantidad de dinero igual a la mencionada. Esta cuenta fue saldada por el titular luego de retirar la totalidad del dinero.

b. Retención en la fuente. Declaración número 911040395371 por valor de \$16.119.055. El sticker 03163 - 01006417 - 5 agregado al formulario no coincide con el 03211 - 01012500 - 0 anexado al cheque, adhesivos que fueron adquiridos por MARIA EUGENIA LEON (fl. 486 c.o. 3.). El pago se efectuó con el cheque número C 5048635 del 16 de diciembre de 1991 de la cuenta corriente 009701177 del Banco de Colombia (Centro Internacional), título valor girado a favor de la entidad bancaria girada. Este dinero fue consignado en la cuenta 915206 - 9 de la Oficina de Paloquemao en el Banco de Colombia, abierta a nombre de WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO (fl. 107 c. anex. 3A).

c. Impuesto de IVA de enero y febrero de 1992. Declarado con el formulario 881030061478 por valor de \$ 6.583.702. La empresa EMPAPEL S.A., filial de EMPACOR S.A., pagó el mencionado impuesto el 17 de marzo de 1992 con el cheque C 3165801 de la cuenta corriente número 009701261 del Banco de Colombia (Centro Internacional). El sticker 03157 - 01030042 - 8 (adquirido por ALVARO PEDRAZA - fl. 490 c.o.3.-) adherido al formulario no coincide con el agregado al anverso del cheque. Este adhesivo cuyo número es 03180 - 01010320 - 9, fue obtenido por FERNANDO JOSE BARRERA (fl. 492 c.o.3). El dinero apareció consignado el 24 de marzo de 1992 en la agencia de Unicentro en la cuenta de WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO

(fl. 107 c. anex. 3A).

d. Impuesto de IVA de enero y febrero de 1992. Declarado con formulario 881030061480 por valor de \$130.027.611. A este documento se le anexó el sticker 03157-01030155 - 1, adhesivo adquirido por AMANDA ESCOBAR GARZON (fl. 491 c.o.3). Este dinero, según el sello que aparece en la copia del formato de cancelación, fue consignado en el Banco Colombia el 20 de marzo de 1992, en la oficina 20, a través del cajero 01. El dinero no fue abonado a la entidad depositante sino que apareció consignado por WILSON ALEXANDER CAVIEDES el 2 de abril de 1992 en la cuenta 001894710 mediante el cheque 04570879 del Banco de Colombia (Avenida Chile), cuenta ésta cuyo titular era JORGE ENRIQUE DUARTE GUTIERREZ, la que estaba saldada desde el 22 de enero de 1992 (fl. 116 a 121 c. anex. 3A).

e. Impuesto de IVA de marzo y abril de 1992. Declarado con formulario 891031878491 por valor de \$ 82.619.403. El sticker 03126 - 01006240 - 3, fue adquirido por ANATILDE PARRA BERNAL (fl. 491, c.o. 3).

El pago del impuesto lo efectuó EMPACOR S.A. con el cheque C5709782 del Banco de Colombia. La cantidad apareció consignada por CARLOS DIAZ en la cuenta de WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO con el cheque número 004548259 (fl. 123 c. anex. 3A). Sin embargo, también aparece un cheque, el número C5094079 de la cuenta 004548259 del Banco de Colombia, girado a nombre de CAVIEDES FORERO (fl. 125 y 126 c. anex. 3.) por igual cantidad.

Vinculados los procesados con indagatoria, se declaró cerrada la investigación, procediendo la Fiscalía 250 Seccional a calificar el sumario el 16 de febrero de 1993 (folios 182 y ss.c.o.7), decisión que fue modificada parcialmente por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, mediante las resoluciones de agosto 6 y 10 de 1993 (folios 161 y ss. c. 2ª Inst. n.2), con las cuales se resolvió el recurso de

apelación interpuesto por algunos de los procesados. Con la resolución del 10 de agosto el ad – quem adicionó la del 6 de agosto. Los cargos imputados, una vez resuelta la impugnación a que se ha hecho referencia, quedaron formulados de la siguiente manera:

1. Peculado por apropiación en concurso material homogéneo y sucesivo. Se acusó como coautores a HENRY BERNAL COCUNUBO, PEDRO ENRIQUE NIETO ENCISO (o ANDRES RESTREPO ORJUELA o LUIS ROMERO). Como cómplices se convocó a juicio a GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO, LUZ MARIA GARCES CAMARGO, WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO, MARIO ANTONIO CABRERA ZAMBRANO, JOSE MARIA VARGAS ALVAREZ, LUZ FENNY o LUZ FANNY, o FENIZ HERNANDEZ DE BERNAL y MIGUEL ANTONIO GUIO BECERRA.
2. Falsedad en Documento Privado por los cheques, los formularios y sticker del pago de impuestos de EMPACOR S.A. y EMPAPEL S.A. Por este delito se les imputó autoría a PEDRO ENRIQUE NIETO ENCISO (o ANDRES RESTREPO ORJUELA o LUIS ROMERO) JOSE MARIA VARGAS ALVAREZ (por los documentos que sirvieron de base en la apertura de la cuenta corriente de GUALTEROS) y MIGUEL ANTONIO GUIO BECERRA. Como cómplices se profirió acusación contra: GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO, LUZ MARIA GARCES CAMARGO, WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO, MARIO ANTONIO CABRERA ZAMBRANO, HENRY BERNAL COCUNUBO.
3. Falsedad de documentos privados imputados en coautoría a PEDRO ENRIQUE NIETO ENCISO (o ANDRES RESTREPO ORJUELA o LUIS ROMERO) y HENRY BERNAL COCUNUBO. El mismo delito se les imputó en calidad de cómplices a: GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO, LUZ MARIA GARCES CAMARGO, WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO y MARIO ANTONIO CABRERA ZAMBRANO.

4. Se profirió resolución de acusación contra JAZMIN GUTIERREZ CASTILLO por el delito de favorecimiento (artículos 23 y 176 del C.P.).

5. La investigación se precluyó a favor de: ANTONIO LUIS VILLAREAL GARCIA, VICTOR ALFREDO PATERNINA MONTERROSA, CARMEN CECILIA MARTINEZ PAEZ, MIGUEL ENRIQUE OVIEDO GALEANO, LUZ MARINA CARVAJAL PEREZ, ELIZABETH MARIA AHUMADA CARO, JAIRO ALFREDO BETANCOURT ESPINOSA, MARIA FERNANDA DULCEY BARBOSA, ALFONSO GUALTEROS LLANOS, JORGE LUIS CONCHA ALVAREZ, FREDY GIOVANNY ROMERO MORALES y LUZ MARY VANEGAS DE CASTAÑEDA.

La Fiscalía de segunda instancia en la resolución del 10 de agosto de 1993 exoneró a LUZ MARIA GARCES CAMARGO y a WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO de los delitos de falsedad, al imputarles únicamente complicidad en el delito de peculado por apropiación en concurso material homogéneo. A JOSE MARIA VARGAS ALVAREZ le imputó autoría por falsedad en documento privado en relación con los utilizados para la apertura de la cuenta corriente a nombre de GUALTEROS, y, además, complicidad en el delito de peculado por apropiación en cuantía de \$18. 508.519.

De esta causa conoció el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá.

II. Proceso adelantado por la Fiscalía 214 Seccional de la Unidad Décima de Patrimonio Económico con sede en Bogotá. En estos hechos la ofendida resultó ser la Lotería de Bogotá.

La Lotería de Bogotá, giró a favor del Banco del Colombia (Paloquemao) de su cuenta corriente 928 - 00095 - 0 del Banco Ganadero (Unicentro) los cheques 7877263 (\$35.458.530), 7877272 (\$65.853.163) 7877291 (\$73.848.835) y el 7877375 (\$98.965.437) por un valor total de \$274.125.965 para pagar los impuestos de retención en la fuente

de noviembre y diciembre de 1991 y febrero a marzo de 1992. Los dineros no fueron aplicados al destino que motivó su emisión, los dos primeros se consignaron en el Banco Colombia (Fontibón) en una cuenta de ahorro falsa, a nombre de LUIS ENRIQUE FRANCO ROJAS, y los restantes se depositaron en la cuenta corriente 915006 - 9 del Banco de Colombia (Paloquemao), abierta a nombre de WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO.

Vinculados los procesados con indagatoria, se declaró cerrada la investigación, procediendo la Fiscalía 214 Seccional a calificar el sumario el 31 de Octubre de 1994 (folios 481 y ss. c.o.5) decisión que fue modificada parcialmente por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, mediante la resolución del 28 de marzo de 1995 (folios 417 y ss. c.2ª Inst. n.1), con la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por algunos de los procesados. Los cargos imputados, una vez resuelta la impugnación a que se ha hecho referencia, quedaron así:

1. Peculado por apropiación en concurso material homogéneo y sucesivo. Se imputó autoría a JORGE VARGAS PEREZ, y complicidad a RUBEN DARIO MORALES, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ, WILSON ALEXANDER CAVIERES FORERO, LUZ MARIA GARCES CAMARGO, GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR.

2. Falsedad en documentos privados. Se imputó este ilícito a título de coautoría a RUBEN DARIO MORALES, JORGE VARGAS PEREZ, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ, WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO, GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR.

3. Se precluyó la investigación a las siguientes personas: MANUEL ANTONIO PEREZ ESPITIA, MIGUEL ANGEL GALVIS BERNAL, ALFONSO PAEZ MURILLO, JAIRO ELBERTO LEON BERMUDEZ, ELIZABETH MARIA AHUMADA CARO, ROSA AURA MARIA SUSANA BOLIVAR, ALFREDO BETANCOURT ESPINOSA, ALFONSO DUARTE CAMARGO, MARIA DEL SOCORRO

NAVARRO PALAU, LUIS ENRIQUE FRANCO ROJAS, LUIS CARLOS RANGEL FRANCO, TEODORO ALVARO CLAVIJO LEAL, HERNANDO VILLALBA ORTIZ, BEATRIZ CARRETERO DE CANCELADO, MIRYAN PARRA LOPEZ y CARLOS ARTURO GOMEZ GOMEZ.

De la presente causa conoció inicialmente el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá .

ACUMULACION DE CAUSAS

A la causa adelantada por el Juzgado 21 Penal del Circuito se le acumuló el juicio seguido en el Juzgado 37 Penal del Circuito (10 de mayo de 1995, fl.171, c.o.9).

El Juzgado 21 Penal del Circuito profirió sentencia de primera instancia el 5 de junio de 1998, (fl.116.c.o.12) la cual fue impugnada por algunos de los procesados. Esta apelación fue resuelta por el Tribunal de Bogotá con sentencia del 6 de noviembre de 1998 (f.248 c.o.1. del Trib.), decisión que modificó para algunos procesados la calificación jurídica del peculado por el que los condenó el a quo (apropiación) para hacerlo por la vía del peculado por extensión, adicionando oficiosamente la pena principal para incluir la interdicción de derechos y funciones públicas que fue incorporada como pena accesoria en la primera instancia. Con la providencia del ad quem, la situación jurídica de los procesados quedó así:

1. GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO y MARIO ANTONIO CABRERA ZAMBRANO. Fueron sentenciados a una pena principal de 46 meses de prisión, multa de \$500.000 y un año de interdicción de derechos y funciones públicas, como cómplices del delito de peculado por extensión, en concurso homogéneo y sucesivo. Revocó la orden de captura y la negación de condena de ejecución condicional. Declaró la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal por el delito de falsedad en documento privado del cual fue ofendido el Banco de Colombia.

2. LUZ MARIA GARCES CAMARGO y WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO fueron

condenados como cómplices del delito de peculado por extensión en concurso homogéneo sucesivo, imponiéndoseles una pena principal de 30 meses y 20 días de prisión, \$500.000 de multa y un año de interdicción de derechos y funciones públicas. Se revocó la orden de captura y la negación de la condena condicional.

3. HENRY BERNAL COCUNUBO fue condenado a 48 meses de prisión, un año de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de \$600.000, como pena principal, como autor, en concurso homogéneo sucesivo por el delito de peculado por extensión y falsedad en documento privado, ordenándose la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal por la complicidad en los delitos de falsedades imputadas a NIETO ENCISO y relacionadas con el Banco de Colombia.

4. JAZMIN GUTIERREZ CASTILLO fue condenada por el delito de favorecimiento a un año de prisión, con la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.

5. JOSE MARIA VARGAS ALVAREZ fue condenado a 40 meses de prisión, multa de \$500.000 e interdicción de derechos y funciones públicas por un año, como pena principal, por complicidad en el delito de peculado por extensión y falsedad material en documento privado, ordenándose la cesación de procedimiento por prescripción de la acción en la complicidad en las falsedades imputadas a NIETO ENCISO y relacionadas con el Banco de Colombia.

6. MIGUEL ANTONIO GUIO BECERRA. Condenado a 40 meses de prisión y \$500.000 de multa, un año de interdicción de derechos y funciones públicas, como penas principales, por complicidad en el delito de peculado por extensión. Se ordenó la cesación de

procedimiento por prescripción del delito de falsedad material en documento privado, relacionado con el ilícito del cual fue víctima el Banco de Colombia.

7. LUZ FENNY, LUZ FANNY O LUZ FENIZ HERNANDEZ DE BERNAL. No fue apelante y en primera instancia se le condenó como cómplice en concurso homogéneo del delito de peculado por apropiación, imponiéndosele una pena de 4 años y 2 meses de prisión y multa de \$500.000. En segunda instancia se adicionó la pena principal con un año de interdicción de derechos y funciones públicas.

8. RUBEN DARIO MORALES, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR fueron condenados a 64 meses de prisión y \$500.000 de multa, estos dos últimos apelantes, como cómplices del delito de peculado a que se viene haciendo referencia y coautores de falsedad en documento privado. La decisión de primera instancia acabada de referir se confirmó, adicionándose la pena principal con la interdicción de derechos y funciones públicas por un año.

9. JORGE VARGAS PEREZ fue condenado a 72 meses de prisión y multa de \$600.000 como autor del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo y coautor del delito de falsedad material en documento privado. En segunda instancia esta determinación fue confirmada por el ad – quem, adicionándose la pena principal con la interdicción de derechos y funciones públicas por un año.

10. Oficiosamente el Tribunal modificó la condena por daños y perjuicios para ordenar el pago solidario de \$957.573.555 (lucro cesante y daño emergente) a quienes resultaron condenados por los hechos de los cuales fue víctima el Banco de Colombia. Igualmente dispuso la cancelación solidaria de \$1.034.030.552 (lucro cesante y daño emergente) a cargo de quienes fueron condenados por los hechos de los cuales resultó ofendida la Lotería de Bogotá.

11. El Tribunal para atribuir responsabilidad por el peculado por extensión, consideró:

Con resolución 02 del 10 de enero de 1986 la Presidencia de la República nacionalizó el Banco de Colombia. Con los decretos 1482 del 9 de mayo de 1986 y 2362 del 25 de julio de 1986, la entidad quedó convertida en una Sociedad de Economía Mixta en la que el Estado aportó más del 90% del capital suscrito. En cuanto a sus trabajadores mantuvieron la condición de servidores privados, a excepción del Presidente de la entidad.

No siendo los trabajadores del Banco de Colombia servidores públicos, afirmó el Tribunal, ellos no pueden ser sujetos activos de los delitos que exigen tal cualificación, por lo que el cargo por el delito de peculado para aquéllos en este caso se hace con base en el peculado por extensión (artículo 138 - 1 del C.P), conducta sancionada por remisión en los mismos términos que el peculado por apropiación.

12. Contra la sentencia de segunda instancia recurrieron en casación HENRY BERNAL COCUNUBO, JORGE VARGAS PEREZ, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, impugnación que ahora se ocupa de resolver la Sala, por haber presentado la demanda en tiempo.

LAS DEMANDAS

I. Demanda de SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR

Primer cargo (Causal tercera)

Se acusa la sentencia de segunda instancia de haberse dictado en un proceso viciado de nulidad, derivada ésta de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

El Fiscal 22 Delegado ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca con resolución del 6 de noviembre de 1998 confirmó la acusación proferida por el Fiscal 214 Seccional, pero adicionó los cargos contra SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, al imputarle coautoría en el delito de falsedad en documento privado, decisión que viola los artículos 24, 217, 246, y 304 - 2 del C.P.P.

En el nuevo cargo no se precisaron los documentos sobre los cuales recayó la falsedad, y la imputación se hizo sin la certeza de que el acusado haya determinado a otra persona a cometer tal ilícito, por lo que la suposición fue el fundamento del ente calificador.

De otra parte, se debe tener en cuenta que durante la instrucción el delito imputado no fue considerado, en la indagatoria no se indagó por esa conducta, y en estas condiciones se materializó la decisión en la sentencia impugnada, providencia que además adoleció de falta de motivación.

El Tribunal desbordó las facultades consagradas en el artículo 217 del C.P.P. que limita la competencia del funcionario de segunda instancia, pues sólo puede revisar los aspectos impugnados. Esta decisión se convierte en una acusación de única instancia que lesiona la oportunidad para alegar en el precalificadorio, así como la de interponer recursos contra la decisión que se adopte.

Se solicita a la Sala anular la actuación desde la resolución que resolvió la apelación de la acusación formulada por la Fiscalía 214 Seccional de Bogotá.

Segundo cargo (Violación directa)

Se aplicó indebidamente el artículo 133 del C.P., pues los falladores concluyeron que SIXTO JAVIER VARGAS por negligencia y descuido, concurrió a la realización del peculado por apropiación como cómplice, adecuando la conducta en el artículo 133 del C.P, cuando esta disposición no rige la situación sub judice. Ha debido responder como autor de “PECULADO CULPOSO”.

La aplicación indebida se sustenta en el hecho de que el procesado no reúne la cualificación exigida por la ley para el sujeto activo, pues conforme a las disposiciones vigentes el único empleado público del Banco de Colombia era el Presidente.

La condición de cómplice no se le puede atribuir porque no aparece demostrada la comunicabilidad de circunstancias.

Se reclama la absolución por atipicidad de la conducta.

II. Demanda de JORGE VARGAS PEREZ

Cargo único (Causal tercera)

Con base en el numeral tercero del artículo 220 del C.P.P. se acusa la sentencia de haberse dictado en un proceso viciado de nulidad por haber desbordado la competencia la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al resolver la apelación interpuesta contra la resolución de acusación de primera instancia al adicionar los cargos contra VARGAS PEREZ, imputándole el delito de falsedad en documento privado.

La Fiscalía 214 Seccional de Bogotá, el 31 de octubre de 1994, acusó por el delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo, a JORGE VARGAS PEREZ, en calidad de

autor. La decisión en cuanto a la situación de éste no fue impugnada por ninguno de los sujetos procesales habilitados por la ley para ello, y sin embargo, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, el 28 de marzo de 1995, al resolver la apelación interpuesta por otros contra la calificación de primera instancia, adicionó los cargos contra VARGAS PEREZ, imputándole coautoría, en calidad de determinador, de las falsedades en documentos privados.

Al no ser recurrente el demandante, la Fiscalía en segunda instancia, no tenía competencia para pronunciarse con relación a la situación del demandante, menos para hacerla más gravosa con una nueva imputación jurídica, con lo cual se desconocieron los artículos 197, 217 (modificado por el artículo 34 de la ley 81 de 1993), 304 - 2 y 306 del C.P.P.

Se solicita a la Sala declarar la nulidad desde la resolución que resolvió la impugnación de la calificación del sumario (28 de marzo de 1995) y rehacer la actuación a partir de ahí.

III. Demanda de MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ

Primer cargo (Violación indirecta)

Se denuncia la sentencia del ad quem por error de derecho, falso juicio de convicción, yerro que se vincula con la declaración de HERNANDO VILLALBA ORTIZ. En la apreciación de esta prueba se desconocieron los principios que la rigen, establecidos en los artículos 246 del C.P.P., 2, 4, 5, 19, 23, 24, 26, 35, 41, 46, 105, 133 y 221 del C.P.

El testigo VILLALBA ORTIZ fue vinculado al proceso, desempeñó el cargo de Jefe de

la División Financiera y Administrativa de la Lotería de Bogotá, luego tenía interés para exonerarse de responsabilidad, como efectivamente ocurrió, dejándose de considerar que su información resultaba contradictoria en relación con lo expuesto por el tesorero de la entidad, señor JORGE VARGAS PEREZ.

El señor VILLALBA faltó a la verdad en su declaración y el juzgador no tuvo en cuenta en la apreciación de la prueba los problemas laborales del testigo con la procesada. Además, no es cierto, como lo afirmó el declarante en mención, que los documentos los entregaba el mensajero de MORALES al señor VARGAS, pues MARGARITA ROSA NAVARRETE y el citado mensajero no recibieron ni tuvieron relación con el pago de los impuestos, porque los formatos, sticker o autoadhesivos, los entregó personalmente RUBEN DARIO MORALES a JORGE VARGAS PEREZ .

El Tribunal no le dio valor probatorio a la certificación laboral expedida a la procesada y tampoco a la respuesta de la lotería al oficio 2358 de la Fiscalía, documentos con los cuales se establece que para la época de los hechos MARGARITA ROSA NAVARRETE era secretaria de la Sección de Presupuesto y no de la División Financiera, luego no tenía ninguna injerencia en el trámite de las órdenes de pago relacionadas con los impuestos.

El Tribunal acogió la declaración de VILLALBA y no analizó “ los demás testimonios y pruebas documentales” aportadas, situación esta con la cual se demuestra el falso juicio de “convicción”.

Segundo cargo

El Tribunal tiene a MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ como Secretaria de la División

Financiera, conclusión a la que llegó por apreciar “indebidamente” la certificación laboral en la que se hizo conocer que desde el 5 de noviembre de 1992 pasaba a ser la Secretaria de la División Financiera, cargo para el cual fue designada con resolución 884 del 29 de octubre de 1992. Este hecho fue ratificado por la jefe inmediata BEATRIZ CARRETERO DE CANCELADO. En consecuencia, la procesada llegó a ese cargo un año después de cometida la primera infracción y 7 meses después de realizada la última, pues los hechos ocurrieron en noviembre y diciembre de 1991 y febrero y marzo de 1992, siendo la secretaria para este entonces GLORIA INES CHAVEZ.

Con base en lo anterior el Tribunal dio por establecido que NAVARRETE MENDEZ tenía acceso al trámite para el pago de los impuestos, hecho desvirtuado con la certificación laboral y el manual de funciones. Ninguna prueba vincula a la inculpada al proceso de elaboración de la declaración de retención, el cual estaba a cargo de DIVIA YANETH CASTILLO. Con la declaración de ésta y los encargados del trámite en registro, presupuesto, contabilidad y tesorería, pruebas que fueron erróneamente apreciadas, se establece que NAVARRETE MENDEZ nunca tuvo acceso ni conocimiento de los procedimientos y pagos sino a partir de “febrero de 1993”, fecha en la pasó a ser secretaria de la División Financiera.

Al valorarse el testimonio de HERNANDO VILLABA se desconocieron los principios que regulan la prueba, pues no aparece evidencia de que ella conversó con el mensajero de RUBEN DARIO MORALES, individuo que regresaba a la lotería los documentos falsos. Por qué el Tribunal concluye que el mensajero entregaba los documentos para la comisión del ilícito a MARGARITA ROSA NAVARRETE, de dónde deduce que ella conocía su contenido, si el mensajero no llevaba los documentos en ese momento. Con la respuesta a tales interrogantes resulta inexplicable que aquélla pueda ser determinadora del delito de falsedad. El Tribunal da por establecidos hechos que no están demostrados en el proceso e igualmente tergiversa el contenido revelado por la prueba al concluir que la inculpada fue vista hablando con el mensajero y que éste le entregó documentación falsa.

No aparece que NAVARRETE hubiera cooperado dolosamente en una acción típica y antijurídica de peculado por apropiación. Ello es así, porque no tuvo acceso al trámite, ni a los documentos, y, esas no eran sus funciones. Si el Asesor de Gerencia LUIS EUGENIO COLMENARES dio la orden para que MORALES recibiera del tesorero VARGAS los cheques, se pregunta el recurrente, cuál pudo ser la ayuda efectiva de MARGARITA ROSA NAVARRETE en el peculado.

El único indicio que queda para sustentar la condena es el de ser la procesada la compañera, amante o amiga del señor MORALES, lo que no es en sí prueba contundente.

Los juzgadores confunden en este caso las fechas en que ocurrieron los delitos y los cargos ejercidos por MARGARITA ROSA NAVARRETE.

El incremento patrimonial que le endilgó VILLALBA a la procesada no fue investigado, y de otra parte, se desconoció la prueba documental aportada por la procesada, con la cual se evidencia que el carro y el inmueble los adquirió antes del ilícito. Señala el demandante que resulta absurdo que las simples consideraciones subjetivas del testigo sustenten la condena de una persona inocente.

IV. Demanda de HENRY BERNAL COCUNUBO.

Primer cargo (Causal tercera)

La sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, al contener irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

El 12 de agosto de 1992 a las 10 de la mañana se recibió declaración juramentada a

HENRY BERNAL COCUNUBO, en la que se le obligó a declarar contra si mismo, al interrogársele:

“ PREGUNTADO. Sírvase decir si usted le pidió un extracto para esta fecha de EMPACOR y EMPAPEL a FERNEY ACEVEDO GAMBOA, auxiliar comercial segundo. CONTESTO. No .

PREGUNTADO. Cómo explica usted que FERNEY ACEVEDO GAMBOA afirma que usted le pidió extracto de EMPACOR y EMPAPEL y no se lo devolvió CONTESTO. Primero que todo no lo distingo no se por qué razón dice que yo le pedí ese extracto”

La declaración de BERNAL COCUNUBO fue recibida dos horas antes del testimonio de FERNEY ACEVEDO GAMBOA, a las 12.15 del día, quién afirmó que BERNAL COCUNUBO le pidió el extracto bancario de EMPACOR S.A. y EMPAPEL S.A.

El funcionario faltó a la lealtad procesal al formular cargos por hechos conocidos extraprocesalmente cuando no existía aun la declaración de ACEVEDO GAMBOA, concluyendo que “hubo una preparación del testigo” antes de su primera declaración.

La irregularidad trascendió porque con base en ella se ordenó vincular a BERNAL COCUNUBO, y en los fallos el hecho constituyó un argumento para la condena. En consecuencia, las diferentes decisiones fueron afectadas por “prueba ilegalmente arrimada”, pues el cargo formulado no contaba con antecedente probatorio.

Se inaplicaron los artículos 1º, 248, 283 y 304-2 del C.P.P.

Se solicita a la Sala decretar la nulidad de la declaración jurada de HENRY BERNAL COCUNUBO, FERNEY ACEVEDO GAMBOA, la indagatoria rendida por BERNAL COCUNUBO, así como de las decisiones proferidas desde la medida de aseguramiento.

Segundo Cargo (Error de hecho)

Se acusa la sentencia de haber incurrido en un falso juicio de existencia al omitir considerar los testimonios de HENRY BERNAL COCUNUBO y FERNEY ACEVEDO GAMBOA.

La declaración de HENRY BERNAL COCUNUBO revela aspectos fundamentales de la realidad procesal: a) El funcionario allegó un cargo que no obraba en el proceso con prueba legalmente producida b) Se obligó al procesado a declarar en su contra, c) Se exigió la explicación de hechos no incorporados al proceso y, d) No se conoció el mérito asignado a la prueba. Sin esta omisión la decisión hubiese sido otra.

La declaración de FERNEY ACEVEDO GAMBOA no fue apreciada en conjunto por la segunda instancia, impidiendo el examen de una realidad procesal, como es que el hecho lo dio a conocer dos horas después de que el funcionario lo imputara al procesado.

El sentenciador solo hace referencia dentro del fallo de segundo grado a la declaración rendida por ACEVEDO GAMBOA obrante a los folios 441 a 446 (c.o.3), con lo cual se incurrió en un falso juicio de existencia por omisión.

Se solicita casar parcialmente la sentencia absolviendo a BERNAL COCUNUBO por haberse desvirtuado la presunción de certeza de la sentencia.

Se denuncian como violados los artículos 247, 248 254 del C.P.P.

NO RECURRENTES

En el traslado para los no recurrentes, el apoderado de la parte civil a instancia de la lotería de Bogotá, sugiere a la Sala, que se desestimen los cargos formulados por los demandantes contra la sentencia impugnada, por los desaciertos técnicos en que incurrieron, pues se pregonó tarifa legal para pruebas no sometidas a ese sistema, se trasegó indistintamente en un mismo cargo por el error de hecho y de derecho, también se desconocieron los hechos y las pruebas cuando el cargo se formuló por violación

directa. Las nulidades se denunciaron pero no se demostró la irregularidad sustancial con capacidad para invalidar lo actuado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado sugiere no casar la sentencia, desestimando los cargos, y que se ordene cesar el procedimiento por el delito de falsedad en documento privado, por prescripción de la acción penal, a favor de RUBEN DARIO MORALES, SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, JORGE VARGAS PEREZ y MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ.

A las demandas se refiere el Procurador Delegado en los siguientes términos:

I. Unico cargo de la demanda de JORGE VARGAS PEREZ y primer cargo de la demanda de SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR.

Los dos cargos se relacionan con la limitación del superior al resolver el recurso de apelación, razón por la cual se pueden examinar conjuntamente.

En la demanda de SIXTO JAVIER CUELLAR se enuncian posibles quebrantos al derecho de defensa y a la motivación de las decisiones, aspectos referidos en un mismo cargo, los cuales dejó sin desarrollo el censor.

En este caso JORGE VARGAS no impugnó la calificación del sumario, mientras que el defensor de SIXTO VARGAS apeló alegando que su comportamiento se ajustaba al manual de funciones. Al resolverse la alzada adicionaron los cargos imputándoles coautoría por varios delitos de falsedad en documento privado.

El funcionario de segunda instancia puede extender el examen a asuntos que

impliquen corrección de la providencia apelada para legitimar la actuación conforme al principio de legalidad y que estén íntimamente relacionados con el tema de la impugnación.

El alcance de la regla de competencia funcional contenida en el artículo 217 del C.P.P. depende del límite trazado en la impugnación.

El texto de la sustentación es una guía para establecer las situaciones que deben ser revisadas en la providencia del a quo, pues cuando la argumentación involucra el contenido total de la decisión, no existe una limitación de la competencia del superior, quien debe responder a la argumentación del censor.

En los términos en que se interpuso la apelación por SIXTO VARGAS era imperioso al funcionario de segunda instancia analizar la prueba testimonial en conjunto. Al hacerlo, encontró que los hechos indicados por los medios de prueba debían variarse en cuanto a la tipicidad, lo que implicaba una corrección necesaria para evitar causas de nulidad o la compulsa de copias por delitos hasta entonces no cobijados con la decisión recurrida. Desde esta perspectiva en la providencia que resolvió la apelación lo que se hizo fue responder los puntos propuestos en la sustentación del recurso.

La imputación por el delito de falsedad no es fruto del capricho del funcionario sino la consecuencia lógica de las pruebas y los hechos demostrados, por lo que el cargo no debe prosperar.

II. Demanda a nombre de HENRY BERNAL COCUNUBO

Primer cargo

Del texto de la declaración rendida por BERNAL COCUNUBO no se desprende que fuese obligado a declarar, por lo que la práctica de dicha prueba no resulta violatoria del artículo 283 del C.P.P.

No es acertado sostener que se faltó a la lealtad procesal, aduciéndose que sólo a partir de la declaración de FERNEY ACEVEDO GAMBOA se tuvo conocimiento de los extractos de EMPACOR S.A. y EMPAPEL S.A. y su cambio por documentos espurios. Con la denuncia y el informe de las actividades realizadas por el Banco de Colombia, documento aportado a la investigación, se destaca que el procesado era el Jefe de Microfilmación, quien distribuía el trabajo, lo que le permitía al instructor indagar si había recibido o no el extracto y a quién trasladó el documento.

Adicionalmente el casacionista entiende que la declaración de ACEVEDO GAMBOA tiene vicios de legalidad. Este planteamiento desvía la razón de la censura a un falso juicio de legalidad.

El reparo debe ser desestimado

Segundo cargo

La formulación es contradictoria al insistir que la errónea apreciación de la prueba del Tribunal consistió en la falta de estimación de la declaración de HENRY BERNAL COCUNUBO y FERNEY ACEVEDO GAMBOA.

El demandante no abordó el estudio del restante material probatorio para desvirtuar los fundamentos del fallo.

Resalta el Delegado de la Procuraduría que las decisiones de instancia estudiaron las

declaraciones de BERNAL COCUNUBO y ACEVEDO. La omisión probatoria no existió, por lo que el cargo no debe prosperar.

III. Segundo cargo de la demanda de SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR

El censor, no obstante que acusó la sentencia de violación directa de la ley sustancial, no respetó la valoración de los hechos y las pruebas que hizo el sentenciador, como tampoco precisó el sentido de violación de la ley.

La sentencia de primer grado, que forma unidad temática con la de segunda instancia, dilucidó que los empleados del Banco de Colombia podían ser sujetos activos del delito de peculado por extensión, pero el recurrente no ensayó ningún argumento para demostrar el cargo relacionado con la ausencia de la cualificación exigida por el artículo 133 del C.P. para el sujeto activo.

El remate del cargo se torna confuso, al combinar la argumentación con aspectos relacionados con la comunicabilidad de circunstancias entre autor y partícipe, y con la posible hipótesis de que la conducta podría ser imputada como peculado culposos.

El error denunciado no fue demostrado.

IV. Demanda de MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ

Primer cargo

Desde el enunciado del cargo incurre en falla técnica el censor, pues pretendió acusar la decisión impugnada de haber incurrido en un error por falso juicio de convicción en relación con el testimonio de VILLALBA ORTIZ, prueba que en nuestro medio no está sometida a tarifa legal.

La argumentación no va más allá de oponer el criterio del demandante al fijado en la

sentencia por el juzgador sobre los medios de convicción.

Si se admitiera que lo que se quiso denunciar fue un error de hecho por violación de las reglas de la sana crítica, se observa que no se ocupó de establecer de qué manera se desconocieron aquellas.

Otra falla técnica que se observa en el escrito de demanda consiste en que se debió, en capítulo separado, reclamar la omisión de evidencias en el análisis probatorio, como falso juicio de existencia y demostrar la incidencia de tal error en el fallo.

Con todo, hay que decir que la sentencia del Tribunal tomó el testimonio de VILLALBA en su contenido real, sin que se observe error alguno en esa tarea, por lo que el demandante no demostró los yerros atribuidos al juzgador.

Segundo cargo

El impugnante señala como normas violadas cuarenta y un artículos, entre disposiciones sustantivas y adjetivas, sin desarrollar un argumento ordenado y coherente.

El ataque a la prueba indiciaria fue equivocado, no identificó la naturaleza del error y dónde ocurrió, esto es, si aconteció en el hecho indicador, en la inferencia lógica o en el hecho indicado, deficiencia que no puede ser enmendada por el Tribunal de casación.

A estas inconsistencias el libelista le suma otras, como aludir a la falta de apreciación de algunos hechos sin que se concrete el falso juicio de existencia, ni demostrar que el medio que lo contiene fue omitido por el fallador, como tampoco su trascendencia.

Aludió en la argumentación a la tergiversación de varios medios de prueba, sin

demostrar el error, centrando la crítica en la formulación de una nueva valoración.

En tales condiciones resulta evidente la falta de fundamento del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Cuestiones previas

Las siguientes consideraciones se pueden predicar de manera común a las demandas presentadas por HENRY BERNAL COCUNUBO, SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR y MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ. En cuando al escrito presentado por JORGE VARGAS PEREZ, comparte con las anteriores, la situación tratada en el numeral segundo de este acápite.

1. La posibilidad de que la Corte estudie de fondo las acusaciones que se hacen sobre la legalidad de la sentencia recurrida depende de si la demanda observó los principios que gobiernan el recurso extraordinario de casación, como el de autonomía, limitación, no contradicción, razón suficiente, entre otros, y la técnica que exige el desarrollo y la demostración del cargo conforme a la causal seleccionada, aspectos con los cuales debe corresponder con lógica y coherencia la petición que se formule.
2. El error adquiere importancia para los efectos del recurso de casación, sólo cuando la irregularidad o el elemento de convicción sobre el cual recae aquel tiene capacidad para invalidar lo actuado o modificar la decisión impugnada, trascendencia que no se demostró en ninguno de los reparos aludidos en este acápite.
3. El razonamiento que se exprese ha de permitir identificar un error en la sentencia contra la cual se manifiesta la inconformidad, sin que sea suficiente poner en tela de juicio

el criterio del fallador con simples opiniones personales, es necesario construir de manera completa el argumento, de tal manera que se ponga de manifiesto la ilegalidad del fallo a través de un juicio técnico, lógico y jurídico.

II. Nulidades

1. Generalidades

1.1. Atendiendo al principio de prioridad, la Sala estudiará, en primer lugar, lo relacionado con la causal tercera, presentado en el cargo primero de la demanda de HENRY BERNAL COCUNUBO, reproche que comprende todas las imputaciones jurídicas que se le hicieron, por lo que de prosperar se haría innecesario el análisis de los reproches fundados en causales diferentes, que parten de la validez de la actuación cumplida.

La nulidad reclamada por SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAS y JORGE VARGAS PEREZ vinculada con el delito de falsedad de documento privado se examinan conjuntamente por la unidad de solución jurídica que implica. En este acápite y por la misma razón se decide la nulidad que involucra al citado delito y que fuera impetrada por BERNAL COCUNUBO.

1.2. Las nulidades son un mecanismo excepcional, tienen operancia en situaciones extremas, como cuando se afectan los derechos y garantías fundamentales o la estructura del proceso.

En consecuencia, los cargos por la causal tercera de casación imponen: la

identificación del acto procesal irregularmente cumplido (vicio in procedendo), el señalamiento de las reglas jurídicas omitidas y con las cuales aquel resulta inconforme, la incidencia del vicio en el desarrollo del proceso o en el resultado final del mismo o en desmedro de las garantías que la Constitución y la ley reconocen a favor del procesado, además de la indicación respectiva en cuanto a la ausencia de circunstancias que impiden la convalidación de la nulidad.

2. HENRY BERNAL COCUNUBO

En este numeral se hará el examen del cargo primero de la demanda presentada por el apoderado del procesado en mención. En lo que atañe a la nulidad relacionada con el delito de falsedad, se resuelve conjuntamente con el cargo que en este mismo sentido presentaron VARGAS PEREZ y VARGAS CUELLAR.

2.1. En el recurso extraordinario de casación rige el principio de autonomía de las causales, en virtud del cual cada una tiene su propia y particular estructura, porque se apoyan en diferentes motivos, están sometidas a precisas formalidades en su demostración y tienen sus propias consecuencias, de manera que es errado mezclar en una misma censura cargos propios de distintas causales, con los cuales se pretenda debatir una misma situación fáctica.

2.1.1. El apoderado de HENRY BERNAL COCUNUBO en el cargo primero reclamó la nulidad por desconocimiento del debido proceso, y, también censuró simultáneamente en el reproche la incorporación a la actuación de prueba ilícitamente obtenida, al imputar al funcionario judicial deslealtad procesal en la formulación de cargos que a su entender no estaban consignados en la actuación, no tenían soporte probatorio, deduciendo de ello que el testigo ACEVEDO GAMBOA fue preparado antes de rendir su primera declaración.

2.2.3. Invocar que las decisiones de los juzgadores resultaron afectadas con la “prueba ilegalmente arrimada” al proceso, haciéndose expresa alusión a la declaración de HENRY BERNAL COCUNUBO y al primer testimonio rendido por FERNEY ACEVEDO GAMBOA, es una inconformidad que ha debido plantearse a través de la causal prevista en el numeral primero, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de un precepto sustancial, originada en error de derecho debido a falso juicio de legalidad, porque el juzgador habría tomado en consideración los citados testimonios, cuya incorporación alega haberse efectuado, quebrantando el conducto legal para su allegamiento.

Debe observarse que la pretendida ilegalidad en la aducción de la prueba en este caso no afecta la validez del proceso en sí mismo, pues las declaraciones juramentadas de BERNAL COCUNUBO y ACEVEDO GAMBOA, cuya nulidad reclama el censor, no constituyen presupuesto procesal de otras actuaciones, razón por la cual el error consistente en apreciar pruebas ilegalmente acopiadas no es propiamente un yerro in procedendo sino in iudicando o de juicio, de manera que no conduce a la nulidad de lo actuado, sino a que eventualmente, si existe trascendencia, se case el fallo y se dicte uno de reemplazo, en el cual no se tengan en cuenta esos medios de convicción.

2.3. La expresión de cargos excluyentes, propiciada por el artículo 225-4 del C. de P. P., no es una autorización para atropellar la lógica y la técnica del recurso, como ocurrió en este caso, al punto de abordar bajo el mismo reproche, anunciado como nulidad por violación al debido proceso, cuestionamientos relacionados con los hechos y las pruebas, censuras propias de la causal primera.

Dado el carácter excluyente de dichos reproches, se imponía no solamente formularlos de manera separada, sino en forma subsidiaria, ya que es imposible su

prosperidad coetánea.

Este proceder en las demandas, al mezclar ataques que corresponden a distintas causales, desconoce el principio de la autonomía que rige a éstas y el de no contradicción, pues sus fundamentos, regulación, demostración y consecuencias jurídicas son diversas.

En estas condiciones el cargo se quedó sin demostración porque el desarrollo que se intentó no corresponde a la causal invocada.

3. BERNAL COCUNUBO adujo la imputación de cargos no consignados en la actuación, sin soporte probatorio, falta de lealtad procesal por parte del funcionario instructor, y no haberse cumplido estrictamente la resolución del 19 de octubre de 1992 en cuanto dispuso citar inmediatamente a FERNEY ACEVEDO GAMBOA para recibirle declaración, lo que debió ocurrir antes de la indagatoria de HENRRY BERNAL y si resultó obrándose de una manera contraria a la citada orden.

3.1. El cargo se estructuró con base en un número plural de situaciones que daban lugar a la nulidad. Cuando esto ocurre, cada hipótesis considerada como irregularidad sustancial por el demandante, por su naturaleza y alcances afectan de manera diferente el trámite procesal. De ahí que el recurrente debe elegir una como principal (la que entrañe un mayor retroceso de la actuación para su reparación) y proponer las demás, al interior del mismo cargo y sujetas a un orden, como subsidiarias de la primera.

3.2. El demandante en la argumentación simplemente enunció las situaciones que

consideró causas de la anulación del proceso, sin someter su labor a las exigencias referidas en el párrafo anterior, dejando el reproche sin la claridad requerida, la que no puede ser superada por la Sala, en virtud del principio de limitación que rige el recurso extraordinario, pues el legislador no le asignó como función suplir las deficiencias técnicas de la demanda, para escoger el orden de los ataques.

4. En las circunstancias anteriores no evidencia la Sala ninguna irregularidad que pueda viciar el proceso y, por tanto, tal como lo solicita el Procurador Delegado, no se casará la sentencia con base en el cargo examinado, pues entre otras cosas, del análisis global de la actuación procesal, no se observa motivo que justifique la declaratoria de nulidad. III. Nulidad que afecta la actuación en relación con el delito de falsedad en documento privado

La sentencia de segunda instancia fue acusada por JORGE VARGAS PEREZ (cargo único) y SIXTO JAVIER CUELLAR (primer cargo) en relación con la decisión adoptada por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, despacho que en segunda instancia, al desatar los recursos de apelación interpuestos contra la providencia que calificó el sumario, adicionó los cargos, atribuyendo el delito de falsedad en documento privado, imputación no contenida en la decisión del a quo. Por razones distintas, HENRY BERNAL COCUNUBO, en el cargo primero de la demanda, sugirió igualmente anular la actuación por los delitos que se le acusó (peculado y falsedad en documento privado). En este acápite se resolverá lo relacionado con el delito a la fe pública, pues en capítulo anterior se decidió lo del delito contra la administración pública.

La aceptación de la causal tercera de casación, salvo cuando la irregularidad afecte exclusivamente a la sentencia, situación ésta última que no viene a los cargos examinados, implica regresar el proceso a una etapa anterior para remediar el vicio y ajustar la actividad jurisdiccional a la Constitución y a la ley. Se trata de un efecto que necesariamente se produce, que está ligado a cualquier declaración de nulidad, sea

cual sea la circunstancia que la origine.

La pretensión de los recurrentes, de prosperar, implicaría la reconstrucción del proceso por el citado delito, a partir de la providencia que resolvió sobre la calificación del sumario.

Ahora bien, como la Sala en esta providencia debe declarar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción de la acción penal por el delito de falsedad en documento privado en los hechos en que fue ofendida la Lotería de Bogotá, según se establecerá en próximo capítulo, y de otra parte, el Tribunal de Bogotá (fl. 267) ordenó la extinción de la acción por la falsedad de que se acusó a HERY BERNAL COCUNUBO, en este momento y por la situación procesal indicada, carece de objeto la invalidación de lo actuado, dado que el Estado ha perdido la potestad de investigar el hecho, por lo se hace improcedente el estudio de fondo de los reparos a que se viene haciendo referencia.

IV. Falso juicio de existencia

1. El segundo cargo (subsidiario) presentado en la demanda de HENRY BERNAL COCUNUBO contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, se hace consistir en un falso juicio de existencia por omisión, al no haberse apreciado por el Tribunal el testimonio de “aqué” y la primera declaración de FERNEY ACEVEDO GAMBOA.

2. No obstante haberse denunciado omisión en la apreciación de la declaración de ACEVEDO GAMBOA obrante al folio 104 a 105 (c.o.3), en la fundamentación del reproche se afirma que el sentenciador de segundo grado sólo hizo referencia al testimonio rendido por el citado testigo visible a los folios 441 a 446 (c.o.3).

2.1. La prueba testimonial, para hacer referencia a la situación referida por el recurrente,

en su primera versión y posteriores ampliaciones, se integra para los efectos de su apreciación, constituyendo una unidad, de forma tal que la omisión en la estimación de una parte del texto, o de la ampliación de una versión anterior, conduce a una valoración parcial o fraccionada de la evidencia, y por ende esta situación es demandable como falso juicio de identidad y no como falso juicio de existencia, como en este caso ocurrió.

2.2. A este respecto, la Sala, con ponencia del Magistrado doctor CARLOS MEJIA ESCOBAR¹, dijo:

“De acuerdo con la técnica casacional, cuando se fracciona una prueba para analizarla, omitiendo parte de ella, no se incurre en “preterición” (falso juicio de existencia) sino que se distorsiona su sentido material (falso juicio de identidad), toda vez que por esa circunstancia no es posible otorgarle el sentido que realmente tiene”.

3. Ensayó el actor la demostración del cargo con argumentos que corresponden a motivos de casación distintos al invocado, pues sostiene que se “obligó a mi Mandante a declarar en contra de si mismo”, situación ésta que si bien corresponde a una violación indirecta de la ley sustancial, debe ser alegada como falso juicio de legalidad y no de existencia.

4. El censor, vincula el reproche únicamente a los dos testimonios que se acaban de mencionar, sosteniendo que con base en ellos y como consecuencia del resultado positivo de la censura se desvirtúa la presunción de certeza de la sentencia, debiéndose absolver

(no se precisa si la pretensión se debe vincular o no con todas las imputaciones jurídicas por las cuales fue condenado el procesado).

Los medios de convicción que determinaron la orientación de la decisión del Tribunal en cuanto a HENRY BERNAL COCUNUBO, no fueron solamente las cuestionadas en el cargo, y así lo reconoce expresamente el libelista cuando afirma que tales testimonios no fueron valorados en conjunto “con las demás pruebas”.

Es elemental para el resultado positivo de las pretensiones del demandante que la impugnación comprenda en su totalidad las evidencias y hechos que indujeron al ad quem a optar por la decisión cuestionada a través de este medio extraordinario de impugnación, pues cuando el ataque resulta incompleto, por no descalificarse todos los aspectos determinantes en la sentencia, a través de la causal y motivo de casación que corresponda, resulta inocuo el ataque en la medida en que la solidez de los demás factores que incidieron en el fallo impiden que éste se quiebre legalmente.

Esas otras evidencias no cuestionadas en la censura, como aconteció con la declaración de ESPERANZA RODRIGUEZ, la Planilla de Registro de Documentos con Destino a Clientes Banca Corporativa, los indicios deducidos de la relación entre las funciones cumplidas por BERNAL COCUNUBO con los delitos consumados, la pérdida de los documentos microfilmados sobre los cuales recayó la falsedad, siendo el procesado el Jefe de esa Sección, son pruebas que no pueden ser ahora examinadas, por la naturaleza rogada del recurso y al principio de limitación que rige la competencia de la Sala en estos casos.

El cargo no prospera.

V. Violación directa.

El cargo segundo de la demanda de SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR se formula contra la sentencia de segunda instancia, acusándola de violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del C.P.

Cuando la sentencia se acusa con base en la causal primera, cuerpo primero, del artículo 220 del C.P.P., se aceptan los hechos tal como fueron apreciados por el juzgador. No se cuestionan los elementos de convicción. El desacierto es de selección, por falta de aplicación o por aplicación indebida de la norma sustancial, o de interpretación, cuando se acierta en el precepto que debe regular el caso y se aplica, pero se le da un sentido o alcance que no tiene.

En una censura como la examinada, resulta indispensable para el censor demostrar el error del Tribunal de manera manifiesta, precisa, contundente, estableciendo la transcendencia en el fallo, esto es, de qué manera distinta hubiese sido la decisión final adoptada de no haberse incurrido en el defecto, a riesgo de que el esfuerzo del casacionista no alcance el propósito perseguido. En este orden de ideas, se debe proceder con la identificación de las normas sustanciales desconocidas, el sentido y el concepto de la violación.

La Sala encuentra en el análisis del cargo, que no le es posible entrar a resolver de fondo el asunto planteado por el recurrente, en razón del desconocimiento de las reglas mínimas de orden técnico y lógico que regulan el recurso, aspectos que enseguida se ponen de presente.

El demandante en lugar de quedarse en el campo de la pura alegación de derecho, como era lo debido, sustenta su posición apoyándose en la manera como entiende ocurrieron

los hechos y en el alcance que le asigna a algunas pruebas, apartándose radicalmente de las exigencias de ley en relación con la vía de ataque elegida.

Por vía de ejemplo, las circunstancias de hecho y probatorias en las que fincó el argumento el casacionista, y que al ser confrontadas con las expuestas por el Tribunal para proferir el fallo de condena, no coinciden, se pueden sintetizar así: a) El juzgador imputó al procesado el delito de peculado por apropiación en calidad de cómplice, en tanto que en la demanda se ensayó una hipótesis distinta, al expresarse que “debiera haber respondido como autor de PECULADO CULPOSO”, b) Para subrayar el error que le atribuye a la providencia impugnada, señala el recurrente que “el Juez de la causa y la Segunda Instancia, incurrieron en yerro jurídico – probatorio”, y luego de advertir en la demanda que los falladores consideraron que VARGAS CUELLAR con su proceder negligente incidió en la consumación del delito, expresa el censor, que no está “de acuerdo con ellos”, pasando a sugerir soluciones tales como una adecuación típica como la acabada de referir, c) Faltando a la coherencia del reproche, en razón a la argumentación expuesta, procede a sostener que no aparece demostrada la comunicabilidad de circunstancias para deducir responsabilidad por el artículo 133 del C.P. en contra de SIXTO JAVIER.

Con esta manera de discurrir del censor le da a los hechos y las pruebas un alcance diferente del otorgado por el Tribunal, argumentación que es propia de una vía indirecta y por ende resulta contradictoria con la causal elegida por el casacionista.

VI. Demanda de MARGARITA ROSA NAVARRETE

1. Primer cargo (Falso juicio de convicción)

1.1. El aspecto fundamental del reproche lo radicó la demandante en el hecho de haberse

considerado como sustento de la condena el testimonio de HERNANDO VILLALBA ORTIZ, prueba respecto de la cual la sentencia del ad quem incurrió en falso juicio de convicción al apreciarla.

El estatuto procesal no acoge como principio general el sistema de valoración probatoria de “tarifa legal”. Le otorga al juez la facultad de apreciar las pruebas “en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (artículo 254 del C.P.P.).

Como excepción, el legislador colombiano, por ejemplo, en los artículos 15 y 50 de la ley 504 de 1999, adoptó un sistema tarifario al determinar con el primero qué pruebas no tienen capacidad suficiente para condenar, y en el segundo, negó valor probatorio a los informes de Policía Judicial y a las versiones suministradas por “informantes”.

El falso juicio de convicción se produce cuando el juzgador le concede al medio probatorio un valor que la ley no le asigna, o le niega el mérito que expresamente se ha dispuesto en ella. En consecuencia sólo se da cuando se trata de medios de convicción sometidos en su valoración al método de la tarifa legal, desconociéndose el precepto que regula su eficacia probatoria, por eso el yerro es de derecho y no de hecho. En estos casos se debe establecer el alcance asignado por la ley a un determinado medio de prueba, la evidencia apreciada equivocadamente por el juzgador en razón a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y la incidencia irrefutable del yerro en el fallo para cambiar su sentido.

La prueba testimonial conforme a la legislación vigente no está sometida a tarifa legal, por lo tanto, el testimonio de HERNANDO VILLALBA ORTIZ no podía ser cuestionado por el motivo de casación que invocó el recurrente.

1.2. Autonomía de motivos

El error de hecho puede provenir de un falso raciocinio, una falso juicio de identidad o

de existencia. El primero, se presenta por la vulneración de las reglas aplicables en el método de la persuasión racional para la apreciación de las pruebas (lógica, técnica, ciencia). El segundo (error de identidad), se vincula con el contenido material o expresión literal de la evidencia (tergiversación o distorsión), y el falso juicio de existencia corresponde a la suposición u omisión de la prueba.

Los motivos que conducen a los errores de hecho, por afectar de manera diferente la prueba, no pueden formularse y desarrollarse bajo un mismo cargo. Es menester hacerlo en capítulo separado. Esta exigencia expresa que el legislador consignó en el artículo 225 del C.P.P. y que constantemente la Sala reitera fue desatendida en la demanda presentada a nombre de MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ.

En el desarrollo del cargo se aduce que no se le reconoció valor probatorio a los problemas laborales del declarante con la procesada, al hecho de haber faltado a la verdad, circunstancias relacionadas con el error de raciocinio. De otra parte, se sostiene que al acogerse la declaración del mencionado declarante se dejaron de analizar “los demás testimonios y pruebas documentales aportadas al proceso”, citándose entre éstas la certificación laboral expedida a MARGARITA ROSA NAVARRETE y la respuesta dada por la Lotería de Bogotá al oficio 2358 de la Fiscalía, en cuanto a los cargos desempeñados en la mencionada empresa y la época en que ello ocurrió, argumento propio del falso juicio de existencia.

Para aumentar los desaciertos técnicos, se dice en la demanda, que en la apreciación del testimonio del señor VILLALBA el Tribunal vulneró los principios establecidos en “los artículos 246 y siguientes” del C.P.P. que hacen referencia a la estimación en el proceso penal solamente de las evidencias allegadas en forma legal, regular y oportunamente, hipótesis jurídica que no se aviene con el cargo presentado contra la sentencia de segundo grado y que se dejó enunciada, ningún desarrollo y demostración del quebranto se intentó al respecto. Otro tanto ocurrió con los artículos 2, 4, 5, 19, 23, 24,

26, 35, 41, 46, 105, 133 y 221 del C.P. que se citaron para integrar la proposición jurídica.

Segundo Cargo

1. El reparo que se hace a la sentencia del Tribunal se enuncia como un error de hecho, el que recayó en la apreciación de la prueba documental, testimonial e indiciaria, de las que predica, conforme al desarrollo del cargo, falso juicio de identidad y falso juicio de existencia. Además vinculó con la sustentación del cargo el desconocimiento del principio de la investigación integral.

2. Independientemente de que se utilice o no la denominación de error de hecho o de derecho, lo que no admite duda es que el libelista está obligado a precisar en la fundamentación si el error consistió en omitir la apreciación de pruebas obrantes en el expediente, en tener en cuenta elementos de juicio inexistentes, en tergiversar el contenido fáctico de la prueba, en considerar pruebas ilegalmente aducidas, o en darles un valor mayor o menor del que la ley les señala, acatando para ello las reglas técnicas que cada una de ellas demanda para su desarrollo y comprobación.

3. Entre los desaciertos de lógica y de técnica más notorios e insalvables para la Sala conforme a las facultades en esta sede, se pueden subrayar:

3.1. La síntesis de los aspectos tratados bajo el cargo examinado demuestra que la fundamentación de la recurrente corresponde a una apreciación subjetiva que quiere dejar de lado la valoración de los funcionarios judiciales sobre el caudal probatorio allegado al expediente y que trae como consecuencia que el reproche resulte

inane. 3.2. En esta censura, repitió el argumento del primer cargo, en cuanto a que en la apreciación de la declaración de VILLABA se desconocieron los principios que regulan la valoración de la prueba, por lo que proceden las observaciones que al respecto se hicieron, pues el testimonio no se rige por el sistema de la tarifa legal, sino por el de la sana crítica, gozando el juzgador de libertad para determinar el mérito que le asigna a los elementos de juicio, sólo limitada por los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, cuya vulneración debe demostrarse por la vía del error de hecho por falso raciocinio.

3.3. Ahora bien, si el casacionista pretendió orientar la censura por la senda del error de juicio por falso raciocinio, no le bastaba con afirmar que el testigo no merecía credibilidad, o que incurrió en algunas contradicciones y hacer amplias especulaciones al respecto, sino que ha debido indicar cuáles fueron los postulados de la sana crítica quebrantados por el sentenciador al estimar su mérito, de qué manera lo fueron y cuál su incidencia en la parte dispositiva del fallo.

3.4. Para desconocer la prueba indiciaria que sirvió de fundamento a la decisión de condena adoptada por el Tribunal de Bogotá, el demandante sostiene que dicha corporación “aplicó indebidamente los Artículos (Sic) relacionados con los indicios, sin encontrarse probado el hecho indicador”, el que fue desvirtuado por “otras declaraciones” obtenidas por la “Fiscalía y el Juzgado”.

Sobre la técnica que ha de observarse en casación para demandar la ilegalidad del fallo de segunda instancia con base en la prueba indiciaria, la Corte, con ponencia del Honorable Magistrado doctor CARLOS MEJIA ESCOBAR, ha precisado:

“El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del

cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.

“Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

“Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

“De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto; o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía; o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía; o porque el proceso de valoración que condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

“De derecho, porque el juzgador pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida. Como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso penal sometida a tarifa legal, es obvio que frente a ella la modalidad de error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta a través del recurso extraordinario de casación.

“Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone – como condición lógica del cargo, aceptar la validez de la prueba, del hecho indicador, ya que si esta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del

juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

“La inferencia lógica, entonces, es atacable en casación. Pero en atención a que la misma es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible para hacerlo es el error de hecho por transgresión ostensible de los principios de la sana crítica. La hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador y la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia. Así las cosas, para que el cargo quede correctamente formulado es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser), o de una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios especializados de una determinada materia. Se precisa, además y ello es obvio, la fundamentación correspondiente a la trascendencia del error.

“La Sala ha sido reiterativa en lo procedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza. En consecuencia, aunque el ataque a los hechos indicadores, debe ser independiente, ello no significa en manera alguna que el conjunto indiciario, cuya fuerza de convicción depende de que se le estime globalmente, pueda dejar de ser enfrentado por el demandante”² La demanda examinada, como lo advirtió atinadamente el Procurador Delegado, desconoció totalmente las reglas técnicas que en casación deben observarse cuando el reproche apunta a la prueba indiciaria y a las cuales hace referencia la decisión de la Sala acabada de transcribir. Este desacierto técnico impide que se consideren las

descalificaciones que el censor elevó contra la decisión, pues se repite, no se proporcionaron técnicamente elementos de juicio para establecer que el operador de la justicia en segunda instancia incurrió en error trascendente.

3.5. Los testimonios señalados como erróneamente interpretados, el de DIVIA JANETH CASTILLO, así como las declaraciones de quienes tenían a su cargo el trámite correspondiente al pago del impuesto en las secciones de contabilidad, presupuesto y tesorería, son invocados en la demanda para señalar que con base en ellos se establece que MARGARITA ROSA NAVARRETE “nunca tuvo acceso ni conocimiento” de los procedimientos para la liquidación y pago de los impuestos, dado que no era la Secretaría de la División Financiera de la Lotería de Bogotá.

En principio la procesada no tuvo acceso al trámite interno en la institución (como tarea asignada), que es lo que se deduce del hecho de estar desempeñando otro cargo (valga decirlo, en el que se tenían funciones afines con las demás dependencias, por ser la Secretaria de Presupuesto). Aquella afirmación inicial, no quiere decir, como lo insinúa la censura, que la procesada no tuvo ni podía tener conocimiento de los hechos ilícitos imputados, dado que aquel no necesariamente ha de provenir del desempeño de una específica función. En el presente caso, es suficiente considerar que, como se admite en la demanda, para ese entonces, la procesada se desempeñó como Secretaria de Presupuesto, en donde el tema de los impuestos de la entidad no resulta absolutamente extraño, como lo pretende hacer creer la demandante.

Y, el desacierto mayúsculo de la recurrente en el cargo, consistió, en que las circunstancias relevantes para el fallador, como lo fue la prueba indiciaria, no se atacó en la demanda debidamente, y fue esa prueba indirecta, aunada a la declaración de HERNANDO VILLALBA ORTIZ, la que permitió responsabilizar penalmente en estos hechos a la procesada, como ocurrió con los indicios relacionados con: a) La vinculación laboral de la procesada con la entidad donde ocurrieron los hechos (oportunidad), de ahí que en criterio del a quo, se diga

que: “ella colaboró al sujeto mencionado, por cuanto su labor dentro de la Lotería de Bogotá, le permitía tener acceso a las dependencias, y conocía el procedimiento que se seguía para la elaboración de las órdenes de pago, giró y expedición de los títulos valores”, b) La relación patrimonial y sentimental de aquélla (situación admitida en la indagatoria) con RUBEN DARIO MORALES, una las personas que lideró el proceso de defraudación que originó este proceso, fue tesorero de la Lotería de Bogotá, y en esta oportunidad se le encargó la misión de pagar los impuestos, entregándosele los cheques para tal efecto, iniciándose así la millonaria defraudación de que da cuenta el expediente, y c). El habersele visto dialogando con el mensajero de RUBEN DARIO MORALES para la época de los hechos.

Los errores que se atribuyen a la providencia impugnada con base en expresiones y fragmentos que se aíslan interesadamente del contexto de los considerandos y de los hechos informados por el conjunto probatorio, no tienen vocación de éxito. Ha de asumirse la sentencia como una unidad en sí misma, y con la de primer grado en lo que no sea modificado, y en ello radica el motivo por el cual el cargo en este caso no logra demostrar tergiversación o distorsión de las citadas declaraciones.

3.6. Las alegaciones presentadas, lo único que evidencian es que la censura no comparte el criterio del fallador, situación entendible profesionalmente, pero que no constituye una falla demandable en casación, ni con ello se demuestra el error que haga considerar ilegal la decisión, como lo ha pretendido en este caso la recurrente.

3.7. Sostiene la demandante que en el proceso se dejó de investigar si la procesada incrementó su patrimonio, omisión que ha debido sustentarse por la causal tercera, por desconocimiento del principio de investigación integral, como manifestación del debido proceso, correspondiéndole demostrar qué prueba no se incorporó al proceso, la incidencia de aquélla en la certeza de lo pretendido y por ende en las conclusiones

fácticas y jurídicas del fallo. Estas exigencias no fueron agotadas en el cargo examinado, y además, su formulación simultánea con errores de la casual primera hacen técnicamente imposible considerar el yerro atribuido al juzgador.

3.8. Igual desacierto al acabado de señalar se cometió al acusar la sentencia de omitir considerar la prueba documental aportada por la procesada, con la cual se establecía que el carro y el inmueble que figura a su nombre fueron adquiridos con anterioridad a los hechos ilícitos investigados. De otra parte, los documentos relacionados en 12 numerales en el escrito de demanda bajo el título de pruebas dejadas de apreciar, se dejaron sin el desarrollo requerido, esto es, no se enfrentó el contenido de la decisión en relación con el de las pruebas citadas, el alcance de aquellas y su trascendencia con la decisión adoptada. De todas formas, con este proceder, se reitera, se desconocieron los principios de la autonomía de los motivos de casación, el de no contradicción, y el mandato impuesto por el legislador en el inciso final del artículo 225 del C.P.P.

VII. No recurrentes

La solución dada a cada uno de los cargos presentados por los impugnantes contra la sentencia del 6 de noviembre de 1998 del Tribunal de Bogotá, contienen las razones con las cuales se satisfacen las inquietudes planteadas por el apoderado de la Lotería de Bogotá.

VIII. Prescripción

1. Por los hechos en los que resultó afectado el patrimonio de la Lotería de Bogotá, en cuanto a las falsedades en documento privado, ha operado la prescripción de la acción penal, tal y como lo hace notar la Procuraduría Delegada, en el concepto allegado a esta corporación el 15 de enero del presente año.

El sumario fue calificado por la Fiscalía 214 Seccional el 31 de octubre de 1994. La impugnación contra esta providencia fue resuelta por la Fiscalía Delegada ante los

Tribunales de Bogotá y Cundinamarca el 28 de marzo de 1995.

De conformidad con los artículos 80, 82 y 84 del C.P.P., la acción penal para el delito de falsedad en documento privado (artículo 222 ídem) prescribe en la causa en cinco años, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación.

No obstante lo anterior, para efectos de contabilizar el término prescriptivo ha de descontarse los lapsos en los cuales se suspende aquélla por mando expreso de la ley. Así ocurre, por ejemplo con la recusación que presentó (28 de marzo de 1995) WILSON ALEXANDER CAVIEDES FORERO al juez de la causa, la cual se declaró infundada con providencia del 30 de marzo de 1995 (fl. 112. c.c.9), pues en estos casos, no corre la prescripción desde la fecha de la presentación de la petición y aquella en que se adopta la decisión correspondiente (artículo 111 del C.P.P.).

En este caso durante la etapa de la causa se realizó el trámite de sentencia anticipada en relación con PEDRO ENRIQUE NIETO ENCISO y MARIA TERESA VACA DE MORA (fl. 11 y 168, c.c. 6) por la totalidad de los delitos imputados a ellos en las resoluciones de acusación que en su contra formuló la Fiscalía. Igualmente se tramitó el citado mecanismo de terminación anticipada ante el Juez 21 Penal del Circuito a instancia de los procesados GLORIA OFELIA OLIVA CASTILLO, LUZ MARIA GARCES CAMARGO y WILSON ALEXANDER CAVIEDES, pero sólo con relación a las imputaciones jurídicas que les hizo la Fiscalía en primera y segunda instancia en los hechos relacionados con la Lotería de Bogotá. Esta actuación no suspende el término de la prescripción, dado que la hipótesis contenida en artículo 37 B del C.P.P. (ley 81 de 1993 para ese entonces, hoy artículo 12 de la ley 365 de 1997), solamente es aplicable para la audiencia especial.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que, los delitos de falsedad en documento

privado en concurso (en calidad de coautores y determinadores) imputados a RUBEN DARIO MORALES, JORGE VARGAS PEREZ, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, conforme a la resolución de la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de esta capital, del 28 de marzo de 1995, que confirmó con algunas modificaciones la calificación del sumario hecha el 31 de octubre de 1994 por la Fiscalía 214 Seccional, se encuentran prescritos (desde abril del año 2000), debiéndose declarar la cesación de procedimiento, con el ajuste correspondiente de la pena que tal situación implica.

En los fallos de instancia a los procesados favorecidos con la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo, se les dosificó la pena partiendo de la sanción establecida para el delito de peculado por apropiación, esto es, cuatro años de prisión para JORGE VARGAS PEREZ en su condición de autor, deduciendo de dicho quantum una sexta parte para los cómplices RUBEN DARIO MORALES, MARGARITA ROSA NAVARRETE y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR. A todos ellos se les aumentó la pena en 24 meses de prisión por el concurso homogéneo y sucesivo por los varios ilícitos de peculado y falsedades.

A la pena incrementada por razón del concurso (24 meses) ha de descontarse 12 meses por las falsedades cuya acción se declarará extinguida, por lo que la pena privativa de la libertad, hecha la deducción referida, quedará así: a) 60 meses de prisión para JORGE VARGAS PEREZ, como autor del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo, b) 52 meses de prisión para RUBEN DARIO MORALES CAVIEDES, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, como cómplices del delito de peculado por apropiación en la modalidad del concurso antes mencionado. Las demás decisiones de la sentencia de segunda instancia permanecen incólumes.

2. La Fiscalía 250 Seccional de Bogotá al calificar el sumario acusó a JAZMIN GUTIERREZ

CASTILLO por el delito de estafa agravada, decisión que fue modificada en segunda instancia al resolverse la apelación contra aquella providencia (agosto 6 de 1993) en el sentido de convocarla a juicio por el delito de favorecimiento (artículo 176 del C.P.). En estas condiciones fue condenada en la sentencia de primera instancia (junio 5 de 1998) en el numeral tercero de la parte resolutive.

El Tribunal de Bogotá, al proferir el fallo de segundo grado, no modificó la situación jurídica de la señora GUTIERREZ CASTILLO (no fue apelante), no obstante que para el momento en que se tomó la decisión (noviembre 6 de 1998) había transcurrido desde la ejecutoria de la calificación (6 de agosto de 1993) un tiempo superior al máximo previsto para la prescripción de la acción penal (cinco años y tres días - por la recusación declarada infundada -).

Las anteriores razones obligan a la Sala a cesar el procedimiento adelantado en contra de JAZMIN GUTIERREZ CASTILLO.

Esta sentencia queda ejecutoriada en la fecha de su expedición.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en parcial desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. Declarar la prescripción de la acción penal de los delitos de falsedad (en concurso) imputados a RUBEN DARIO MORALES, JORGE VARGAS PEREZ, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, con las resoluciones del 31 de octubre de 1994 de la Fiscalía 214 Seccional y de 28 de marzo de 1995 de la Fiscalía

Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca.

Como consecuencia de la anterior decisión, se modifica únicamente la pena privativa de la libertad para los citados procesados, la cual queda así:

a) 60 meses de prisión para JORGE VARGAS PEREZ, como autor del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

b) 52 meses de prisión para RUBEN DARIO MORALES CAVIEDES, MARGARITA ROSA NAVARRETE MENDEZ y SIXTO JAVIER VARGAS CUELLAR, como cómplices del delito de peculado por apropiación en la modalidad del concurso antes mencionado.

2. Declarar, por prescripción de la acción penal, la cesación de procedimiento a favor de JAZMIN GUTIERREZ CASTILLO, por el delito de favorecimiento imputado en la resolución proferida el 6 de agosto de 1993 en segunda instancia por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca.

3. NO CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de noviembre de 1998.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALAN CASTELLANOS

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGU
TRUJILLO

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 C.S.J. Sala Penal, Sent. de Cas. M.P. Dr. CARLOS MEJIA ESCOBAR, Septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

2 C.S.de J. Sent. De Cas. 20-10 de 1999. Radicado 11113. Mag. Pon. Dr. CARLOS MEJIA ESCOBAR.