

Proceso No 17022

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 151

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2.002).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado RAFAEL ANTONIO DÁVILA BURITICÁ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el 16 de julio de 1.999, confirmatoria de la emitida en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad el 2 de octubre de 1.998, que lo condenó, junto con otros procesados, Jorge Martínez Hernández y Efraín Segundo Rada Fontalvo, a la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de prisión y multa de \$38 millones como autor responsable del delito de uso de documento público falso, determinador del punible de peculado por aplicación oficial diferente y cómplice de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Dado el copioso volumen de procesos ejecutivos iniciados por ex empleados de Puertos de

Colombia ante los jueces Laborales del Circuito de la ciudad de Santa Marta y los comentarios que para la época ya se hacían sobre la legalidad de los títulos en que los mismos eran sustentados, los titulares de dichas oficinas judiciales solicitaron en forma verbal a los Directores del C.T.I. y Seccional de Fiscalías se adelantaran las pesquisas correspondientes con miras a determinar si en realidad correspondían a títulos ejecutivos únicos y originales.

En desarrollo de las diligencias preliminarmente dispuestas, pudo establecerse que ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, entre otras demandas, a nombre de DÁVILA BURITICÁ se inició el primero de junio de 1.994 proceso ejecutivo con base en la Resolución No.143203 del 5 de agosto de 1.992, cuyo carácter apócrifo quedó al descubierto, al saberse que a través de la misma originalmente fueron reconocidos algunos beneficios pero para José Marriaga. Con fundamento en dicho acto se logró el pago de la suma de \$3'265.843.00 y más adelante con la mendaz creación de la Resolución No.2152 del 10 de octubre se logra el reconocimiento de \$35'878.224.00.

Abundante prueba de diverso orden fue practicada, fundamentalmente testimonial y documental, escuchándose en indagatoria, entre otros imputados, a DÁVILA BURITICÁ el 11 de junio de 1.997, previa apertura formal de instrucción, resolviéndosele la situación jurídica el día 16 de ese mismo mes con detención preventiva como autor del delito de uso de documento público falso y determinador de peculado por apropiación agravado, decisión confirmada por la Fiscalía de segundo grado el 11 de septiembre de ese mismo año, comprendiendo en ella además los punibles de prevaricato por acción y fraude procesal.

Previo el cierre parcial instructivo, el 5 de diciembre la Fiscalía 213 Seccional calificó el mérito de las pruebas, profiriendo resolución acusatoria en contra de DÁVILA BURITICÁ y otros por los delitos de fraude procesal y uso de documento público falso, como autor,

en concurso con los de peculado por apropiación agravado y prevaricato por acción, como determinador.

El 23 de enero de 1.998, una vez ejecutoriada dicha decisión, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta avocó conocimiento, abriendo el juicio a pruebas en términos del art. 446 del C. de P.P. Por auto del 28 de mayo negó la solicitud de nulidad elevada por uno de los defensores, decretando además, la práctica de aquellas probanzas solicitadas por el defensor de DÁVILA BURITICÁ, accediendo entre ellas, a la designación de un perito con miras a dilucidar algunos “aspectos de derecho laboral administrativo”. Rituada a través de diversas sesiones la audiencia pública, se proferieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos reseñados en precedencia.

DEMANDA:

Causal tercera.

Amparado en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., dos son los reproches que el defensor del procesado RAFAEL ANTONIO DÁVILA BURITICÁ ha postulado contra el fallo impugnado.

Primer cargo.

Acusa en esta censura el fallo de haberse proferido dentro de un proceso viciado de nulidad, por vulneración de los derechos de defensa y debido proceso, que enfatiza derivados de omitirse la práctica de una prueba no sólo objetivamente conducente, sino legalmente decretada, dada su incidencia en la relación jurídica, pues debilitaría sustancialmente el juicio de responsabilidad.

Observa cómo durante la etapa del juicio el Juez Quinto Penal del Circuito decretó la práctica de una prueba pericial sobre aspectos de derecho laboral y administrativo con

relación a las resoluciones identificadas en el expediente con los Nos. 013, 1329, 2152, 43203, además el “Acta de conciliación No. 023 celebrada en la Inspección del Trabajo de Santafé de Bogotá. Acta de inspección ocular celebrada por la regional del Trabajo en la sede de Puertos de Colombia en Santa Marta y en concreto que se establecieran: La vigencia de un acto Administrativo Presunción de Legalidad de un Acto Administrativo (sic) y su eventual nulidad e inexistencia Funcionarios (sic) y órganos competentes para ejercer control legal y administrativo sobre un acto de la administración”.

Con menoscabo del derecho de defensa, esta prueba, sin conocerse las razones, no fue practicada y en la audiencia pública se guardó absoluto silencio al respecto a pesar de que el defensor y el procesado inquirieron sobre este particular, haciendo lo propio al sustentarse el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, sin que el Tribunal se ocupara de este tópico.

Asegura que tal probanza era conducente y pertinente, dado que a través de su práctica se hubiera dilucidado la validez de las resoluciones cuestionadas y de sus soportes y aclarado conceptos de derecho laboral y administrativo, como sucede con la analogía, o con el alcance que podría dársele al art. 124 de la Convención Colectiva o en lo atinente con la reubicación y desmejora salarial. También respecto de la aplicación de los principios de equidad y justicia con base en los cuales podía Foncolpuertos reconocer a su asistido, como lo hizo, que se lo había desmejorado salarialmente, ordenándosele consiguientemente algunos pagos.

Para el actor, cuando el juzgador afirma que la desmejora sólo podía atacarse por la vía ordinaria laboral, demuestra un evidente falta de “conocimientos “laborales-administrativos”, siendo entonces ostensible que el fallador incurrió en errores que incidieron sustancialmente en el fallo proferido.

Además, se vulneró también el debido proceso, dado que, para el actor, el hecho de no haberse allegado tal pericia al expediente imposibilitaba el adelantamiento de la audiencia pública, conforme a lo prevenido por el art. 448 del C. de P.P., desconociéndose de contera la obligación que le asistía al juez de buscar la verdad real (art. 249 ibídem y 250 de la C.P.).

Por tanto, el quebranto de tales garantías constitucionales, impidió conocer los argumentos que en derecho llevarían indefectiblemente a la “Verdad Real”, como también a que el imputado “debatiera y pudiera contradecir con fundamentos de la ley penal y extrapenal los criterios errados de los funcionarios judiciales plasmados en el fallo”, pues se requerían los conceptos de expertos para que determinaran la procedencia y legalidad de los procedimientos realizados, pudiéndose afirmar que las irregularidades observadas son trascendentales pues impidieron cumplir con las formas propias del juicio.

Solicita se case el fallo impugnado, con miras a que se practique efectivamente la prueba decretada y luego si se realice la audiencia pública.

Segundo cargo.

También por vía de nulidad, asegura el actor ser la sentencia desconocedora del debido proceso, dada su falta de motivación.

Sobre este preámbulo, sostiene el actor que el juez de primer instancia, no obstante faltar en el expediente los cuadernos No. 1 y 2 que correspondían a las “pruebas recaudadas, tales como documentos, testimonios, inspecciones judiciales, entre ellos las Resolución No. 143203 referente al pago de una moratoria al señor JOSÉ MARRIAGA”, se refiere a dicha prueba como si físicamente estuviera en el expediente, tomando los datos de la resolución acusatoria. El Tribunal, a su turno, señaló que así no estuviera en el expediente, dicha prueba si existía “en el mundo fenoménico”, condenándosele al procesado por el uso de un documento público falso inexistente, lo que se hizo

acudiendo al empleo de frases genéricas, sin que en condiciones semejantes se pueda afirmar que los falladores gozaban de certeza sobre la existencia de este hecho punible y la responsabilidad del procesado, dado que en ningún momento contaron con los referidos cuadernos, que contenían las pruebas practicadas durante la investigación preliminar, sin que a la fotocopia borrosa de la Resolución No. 143203 allegada en la audiencia pública por parte de la Fiscalía, se le pudiese dar valor de prueba.

Por tanto, “El vicio de una falsa motivación significa que la sentencia pierde la esencia jurídica exigible para su validez como quiera que no da certeza sobre si el hecho punible existió ni tampoco si mi asistido es realmente responsable en caso de que aquellos realmente (sic) hubiesen sucedido”.

Acusa como vulnerados los arts. 18, 180.4, 246, 247 y 252 del C. de P.P., 26 y 29 de la C.P., solicitando se decrete la nulidad de lo actuado, con el fin de que el expediente se devuelva al juez de primera instancia para que, atendiendo al contenido de los cuadernos No. 1 y 2, se profiera de nuevo la sentencia.

Causal primera.

Con respaldo en la causal primera de casación contemplada en el art. 220 del C. de P.P., tres cargos postula el defensor del procesado por vulneración directa de la ley sustancial.

Primer cargo.

Acusa el actor el fallo por aplicación indebida del art. 23 del C. P., bajo el entendido “que el juzgador se equivocó en la aplicación de las normas ya que en la misma no quedan incursos los hechos por los que se inculpa a su patrocinado (sic)”, máxime cuando el “dispositivo amplificador referido a la calidad de agente determinador” exige según la doctrina y la jurisprudencia: a) la existencia de un nexo causal entre el hecho principal y la acción del inductor b) la actuación dolosa por parte del instigador c) que la

acción del inductor resuelva a que el autor principal cometa el hecho, d) el hecho al cual se induce se consume o alcance el grado de tentativa y e) que el instigador carezca del dominio del hecho pues de lo contrario se hablaría de coautoría.

Asegura que en el caso presente, como “no se profirió condena a un agente determinado (funcionario público) por el delito de peculado por apropiación derivado directamente de la actividad” del procesado, ni se identificó al “agente determinado”, ni el nexo entre aquél y el determinador, la realidad investigada no se puede subsumir en el citado dispositivo.

Por lo demás, en la emisión de la resolución No. 2152/95, habrían intervenido funcionarios de la Inspección del Trabajo de Bogotá, el Director y asesores de Foncolpuertos, encargados del control de nómina y pagos, pero se ignora quien habría sido el determinado por el imputado, quien solo se encargó de elevar una simple solicitud de reclamación de indemnización por la desmejora laboral de que fuera objeto.

Para el actor, si el a quo sostuvo que resultaba ontológicamente imposible “determinar a un funcionario público para que profiera decisión manifiestamente contraria a la ley”, en el prevaricato, lo propio hay que decir frente al punible de peculado por apropiación. No es factible, asegura, subsumir los elementos fácticos existentes en este proceso, en la medida en que no se estableció quien es el agente determinado ni su nexo con el determinador. “En conclusión, acota, la norma escogida por los funcionarios no subsume la realidad fáctica y por lo tanto se da una aplicación indebida”.

Segundo cargo.

Acusa en este caso la aplicación indebida del art. 149 del C.P. (modificado por el art. 28 de la Ley 190 de 1.995), toda vez que en el fallo a quo se afirmó que la Resolución No. 2152/95

era contraria a derecho, pues careció de soporte para su proferimiento. Sin embargo, según su criterio, tal acto solo menciona el reconocimiento de pagos por concepto de reajustes de cesantías y de pensiones de acuerdo con la parte motiva, es decir, que “en ninguno de sus apartes profiere decisión manifiestamente contraria a la ley”.

“Entonces, prosigue, si según el A-quo los soportes son contrarios a derecho y por esta causa también lo es la Res. 2152 se estaría incurso en el delito de Prevaricato, se aparta el distinguido funcionario de los reales delineamientos que encasillan la conducta en este hecho punible, pues se deben hacer muchos razonamientos y disquisiciones y aún así no se puede establecer que lo decidido en la parte resolutive sea manifiestamente contrario a la ley”.

Concluye afirmando que los elementos fácticos del debate procesal no se compaginan con los elementos estructurales del tipo penal de prevaricato.

Tercer cargo.

Es formulado por “aplicación indebida del concepto de complicidad contemplado en el Art. 24 del C.P.”, dado que si para el a quo es ontológicamente imposible determinar a un funcionario a proferir una resolución manifiestamente contraria a la ley, “mi asistido no actuó como determinador sino como cómplice ya que él contribuyó al perfeccionamiento del delito cuando se notificó de la resolución. En consecuencia, si el delito ya estaba consumado al proferirse la resolución por el funcionario de Foncolpuertos ninguna colaboración eficaz desplegó mi asistido cuando se notificó de la misma y por lo tanto ni es determinador ni es cómplice de este tipo penal. Está claro que los funcionarios judiciales realizaron un deficiente encuadramiento de la realidad fáctica – procesal con el concepto de complicidad (Art. 24 C.P.) incursionando en una indebida aplicación de esta norma”.

Solicita el actor a la Corte que en caso de casar el fallo, si ello es parcialmente, sea

favorable a los intereses del procesado y si es en forma total se declare su inocencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA CUARTA DELEGADA EN LO PENAL:

Primer cargo.

El hecho de no haberse practicado la prueba pericial solicitada y oportunamente decretada, para la Procuradora, es en manera alguna atribuible al juzgador, pero su ausencia, en todo caso, tampoco reviste la importancia que reclama el recurrente.

Es cierto que el juez de primera instancia accedió a decretar la prueba pericial que sobre aspectos de derecho laboral y administrativo solicitó el defensor de DÁVILA BURITICÁ en escrito del 6 de marzo de 1.998, entre otras muchas pruebas, por auto del 28 de mayo siguiente. Con miras a su realización, se remitió un oficio al C.T.I., el cual obtuvo respuesta negativa, por no contarse con un especialista en las citadas áreas. Ante dicha circunstancia, de la lista de auxiliares de la justicia, oportunamente solicitada al Tribunal Superior, se designó a los doctores Joaquín Rivas y Aristarco Gómez, quienes a través de sendos memoriales presentados el 1º y 6º de julio se excusaron de prestar sus servicios.

Es. entonces evidente, que la ausencia de dicha prueba en el proceso, en modo alguno se debió a causa atribuible al funcionario judicial, sin que la actuación se pudiese suspender en forma indefinida para su recaudo, mucho mas cuando, al contrario de lo que sostiene el actor, la misma no resultaba sustancial para la definición del proceso.

En todo caso, el censor omitió por completo indicar la trascendencia que tendría el elemento de juicio echado de menos, pues salvo sostener que con base en la misma se habría dilucidado la validez de las resoluciones cuestionadas, no demuestra su real incidencia frente al juicio de responsabilidad.

En todo caso, los aspectos que se pretendían demostrar aparecen claramente definidos en el C.C.A. y son de conocimiento de cualquier funcionario judicial y de los abogados de la defensa, no requiriéndose por tanto para su definición y entendimiento la prueba decretada, pues si bien la opinión de un experto eventualmente podría enriquecer la discusión, no era en modo alguno determinante y por lo mismo, debe entenderse que su ausencia no podría resquebrajar la estructura básica del proceso o el derecho de defensa, razones suficientes para desestimar el cargo.

Segundo cargo.

El planteamiento de esta censura es confuso y evidencia desconocimiento al principio de autonomía de las causales, como quiera que si bien en principio aludió a la existencia de nulidad por falsa motivación de la sentencia, los argumentos expuestos tienden a evidenciar la ausencia en el expediente de la resolución No. 143203 emitida en favor de José Marriaga, sin aparecer correctamente deslindado el vicio primeramente expuesto y el falso juicio de existencia por suposición últimamente aducido.

Los argumentos expuestos siguen la misma tónica, según la Delegada, pues critica el fallo por acudir a “frases sin contenido o de cajón”, supliendo la ausencia de la resolución en comento y los soportes contables, de donde los falladores “no tuvieron certeza acerca de la existencia del hecho punible y la responsabilidad de su defendido”.

Y, aun cuando se aceptara que el reproche se encamina por la ausencia de la referida prueba, en ningún momento precisa el actor la trascendencia que el supuesto yerro habría tenido en el fallo. En todo caso, observa la Procuradora, que no le asiste razón al actor, toda vez que el Tribunal explicó a espacio las razones por las cuales a pesar de no contarse con la Resolución espuria, debía reconocerse su existencia procesal, pues simplemente se debía al hecho de no haberse tomado fotocopia de la misma cuando se produjo el rompimiento de la unidad procesal, aspecto por demás que no desvirtúa en

modo alguno el delito de uso de documento público falso imputado al procesado, dado que por otros medios logró comprobarse que la resolución empleada por el imputado era falsa por contener datos irreales, toda vez que correspondía a un documento expedido a nombre de persona distinta.

Tampoco, en consecuencia, esta censura puede prosperar.

Causal primera.

Primer cargo.

Se acusa el fallo por aplicación indebida del art. 23 del C.P., pero no se desarrolló en debida forma este reproche, pues se limitó el actor a ofrecer su punto de vista sobre la modalidad de participación referente a la determinación, omitiendo en forma absoluta mencionar los plurales argumentos expuestos por el Tribunal al responder a los argumentos expuestos para refutar la posibilidad de hablar de determinación sin estar condenado el determinado o el autor material de los delitos de peculado y prevaricato, llegando inclusive a abordar este estudio advirtiéndole que los imputados han debido ser considerados, en relación con el delito de prevaricato, determinadores y no cómplices, pero que en virtud de la *reformatio in pejus* no se podía variar tal condición.

Así, el libelista se limitó a insistir en su criterio según el cual no era posible hablar de determinador sin estar identificado el agente determinado, pero sin evidenciar la existencia de error alguno, de donde la improsperidad de este cargo es evidente.

Segundo cargo.

Se trata, para la Procuradora, de un simple cuestionamiento a la apreciación que los juzgadores hicieron de las pruebas en orden a la tipicidad del delito, planteamiento o confrontación que supera lo estrictamente jurídico, para descalificar los hechos y la

valoración de los diferentes elementos de convicción allegados al proceso, específicamente “la conclusión de que la resolución 2152 era contraria a derecho por no ajustarse a la realidad los soportes que sirvieron de base a lo allí decidido, cuando en su criterio, la resolución sólo hace mención al reconocimiento de pagos por concepto de reajustes de cesantías y de pensiones de acuerdo con la parte motiva y por consiguiente no era manifiestamente contraria a la ley, resultando por tanto válido afirmar que no logró el demandante estructurar un reproche apto para ser estudiado de fondo en casación.

Tercer cargo.

También es totalmente ausente de argumentación jurídica esta censura y distante del rigor técnico que lo debe orientar. La simple manifestación de no haber actuado el imputado como determinador ni como cómplice, lejos está de poder ser considerada como un reproche, pues no existe desarrollo argumentativo alguno ni señalamiento de algún yerro en que haya podido incurrir el Tribunal, todo lo cual impone desestimar esta censura.

Por último, solicita la Delegada a la Sala que “imparta las instrucciones correspondientes” con miras a que en aplicación del principio de favorabilidad y la Ley 599 de 2.000, proceda a efectuar la redosificación punitiva pertinente.

CONSIDERACIONES:

Dos cargos adujo el defensor de DÁVILA BURITICÁ contra el fallo impugnado, sustentados en la tercera causal de casación.

Primer cargo.

La nulidad que acusa inicialmente el demandante, enfatiza en la vulneración de los derechos de defensa y al debido proceso, sobre la base de que no obstante haberse

ordenado durante la etapa del juicio la práctica de un peritazgo en relación con “Aspectos de Derecho Laboral Administrativo”, dicha prueba en ningún momento fue acopiada.

En condiciones tales, lo primero que forzosamente debe observarse es que en la proposición de esta censura, que como queda visto lo es por vulneración de la ahora instituida como norma rectora de la investigación integral (artículo 20 de la Ley 600 de 2.000), el demandante ha creído suficiente con señalar que la práctica de la referida prueba resultaba “objetivamente conducente”, lo que de seguro motivó que hubiese sido “legalmente decretada”, siendo elocuente la “alta incidencia en la relación jurídica dado que debilitaría sustancialmente el juicio de responsabilidad promovido en contra” del imputado, como escuetamente afirma.

Bajo esta presentación, el actor da por supuesto que si el Juez Quinto Penal del Circuito de Santa Marta durante el período probatorio del juicio ordenó su práctica, esto lo exime en casación de demostrar la incidencia que la misma habría podido tener frente al sentido de la decisión finalmente adoptada en la sentencia, lo que resulta, realmente equivocado.

En este caso, como en cualquier otro, era imperativo deber del casacionista no solamente señalar la prueba cuya ausencia echa de menos, sino indicar cuál es su preciso contenido y qué podía ser demostrado con ella, única forma de entrar a establecer la trascendencia de la final omisión, su real carácter de irregularidad sustancial y la concreta grave afectación de los derechos fundamentales de defensa o debido proceso que eventualmente conllevarían a la invalidación deprecada. Ya se ha dicho que tal connotación no es posible inferirla en abstracto, sino que debe ponerse de presente en el caso concreto dentro del propio ámbito de la imputación que se ha hecho y de los demás elementos de convicción que han servido en la composición del fallo. Aspectos todos que en ningún momento fueron tomados en cuenta por el actor, como que ha inferido la justificación del

elemento de convicción dejado de aportar, por el simple hecho de haberse decretado su formal aporte al proceso.

Pero este último es un hecho relevante, si se tiene en cuenta que no se estaría frente a la tozuda negativa del funcionario judicial a incorporar un medio vital para el esclarecimiento de los hechos o, en todo caso, el ejercicio de la defensa, dado que la prueba se ordenó. De ahí que, como también refulge de la actuación cumplida, tampoco es factible aducir que se trate de un medio no aducido al expediente por desidia o negligencia del funcionario judicial.

En realidad, mediante auto fechado el 28 de mayo de 1.998, el Juez Quinto Penal del Circuito, dispuso la práctica de diversas pruebas, entre ellas, la aducida pericial con participación de un “profesional del derecho”, especializado en laboral y administrativo. Para evacuar esta prueba, se ofició inicialmente al C.T.I., respondiéndose el 10 de junio que no se contaban con expertos en las referidas áreas, razón por la cual mediante auto del 11 de junio el juez de conocimiento solicitó al Tribunal Superior la lista de auxiliares de la justicia, de la cual extrajo los nombres de los abogados Joaquín Rivas Meléndez y Aristarco Gómez, a quienes enteró de su designación. Sin embargo, el primero y el seis de julio a través de sendos memoriales, aquéllos manifestaron su no aceptación del encargo.

Como es ostensible, aun cuando insólitamente la prueba cuya práctica solicitara la defensa fue ordenada por el juez de primer grado, a pesar de tratarse de obtener conceptos de derecho cuyo conocimiento no podían serle ajenos, sino por el contrario de su cotidiano dominio, así como este hecho desdice en forma seria la pretendida trascendencia que se le quiso otorgar a tal medio, es también muy elocuente que la falta de su acopio a la actuación no fue debida, en manera alguna, a causa que pudiera imputarse a la autoridad judicial correspondiente o equiparable a un manejo arbitrario de esa oportunidad defensiva.

La censura no prospera.

Segundo cargo.

Este reparo también esbozado por vía de nulidad, carece de un claro sentido en el propósito que le sirve de fundamento y en la actuación cuya irregularidad se supone lesiva del debido proceso.

Acusa en principio como vicio “falsa motivación de la sentencia”, pero enseguida aduce la material ausencia en el expediente de la Resolución No. 143203 que se emitiera originalmente en favor de José Marriaga y cuya presunta falsedad se imputara a DÁVILA BURITICÁ en el documento que bajo la misma nominación sirviera para reconocerle un reajuste salarial junto con otros ex trabajadores de Puertos de Colombia.

En realidad, como lo pone de presente el Ministerio Público, la entremezcla de enunciados de nulidad con aquellos propios de la causal primera es ostensible, resultando verdaderamente antitécnico el planteamiento del reproche. No desarrolla en ningún momento el demandante la pregonada falsa motivación de la sentencia, cuya afirmación es, por tanto, gratuita e infundada.

En su lugar, el planteamiento parecería más orientado hacia el error de hecho por falso juicio de existencia por suposición probatoria, precisamente referido a la citada Resolución No. 143203, así como a los cuadernos No. 1 y 2 de anexos, hipótesis insostenible por la causal tercera en que se ha fundado, como que el propuesto es asunto propio, como se sabe, de la primera.

El demandante se dedica a discrepar con el fallo, a partir de estimar que si el documento público que se reputa falso materialmente no se encuentra en el expediente, no era factible condenar a DÁVILA BURITICÁ por dicho punible, ni aún acudiendo a “frases genéricas”, pues por el contrario, según su criterio, en condiciones semejantes

no podían gozar los falladores de certeza sobre el hecho punible.

Desde luego, es este un alegato libre, sin ningún parámetro de técnica en su postulación, ni orden en los argumentos ni en la causal en que se suponen fundados los mismos, pues sirviendo de premisa básica la “falsa motivación de la sentencia”, no es comprensible, en manera alguna, que el actor se oponga a valoraciones estrictamente probatorias contenidas en el fallo, lo cual constituye razón suficiente para la desestimación del pretendido reparo.

Causal Primera.

Primer cargo.

Así como no es clara la propuesta de esta censura, menos aún resulta el cometido que a través de la misma se busca. En ella dice acusar el demandante la sentencia, “por aplicación indebida del art. 23 del C.P.”, en tanto no haberse identificado al “agente determinado”, imposibilitaba condenar a DÁVILA BURITICÁ como determinador del delito de peculado.

Bajo este enunciado, se dedica el actor realmente a discrepar con la imputación que se le hiciera a aquél por el delito de peculado por apropiación, en el entendido que no era factible su condena como determinador de dicha conducta sin conocer al funcionario determinado.

La enunciación del reparo es no sólo técnicamente deficiente, como que no basta sostener que “la norma escogida por los funcionarios no subsume la realidad fáctica”, para pretender de tan precaria forma dar por demostrada la aplicación indebida anunciada o que el imputado no está incurso en dicha delincuencia, sino que, por supuesto, jurídicamente nada obsta para que el determinador deba responder por la conducta aun cuando no logre conocerse siquiera o juzgarse a la persona del determinado, o ésta

sea absuelta, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél. Al fin y al cabo, es pacífica la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, en el sentido de que nada obsta para que el sujeto no cualificado pueda estar incurso a título de determinador o cómplice de punible que lo supone, lo que evidentemente no es admisible en relación con el autor sea éste intelectual o material, esto es, con el directo ejecutor de la conducta delictiva.

Estos son aspectos abordados en la sentencia en forma detenida y sobre los cuales el demandante omitió la más mínima referencia, como lo señala la Delegada, “se limitó a insistir en su criterio relativo a que no era posible hablar de determinador sin estar identificado el agente determinado, pero sin evidenciar la existencia de algún yerro o desacierto de lógica jurídica en la decisión adoptada por el ad quem”.

Evidentemente, el cargo debe desecharse.

Segundo cargo.

Lo propio cabe afirmar en relación con esta tacha, dado que en ella sostiene el casacionista “aplicación indebida del art. 149 del C.P.”, bajo el escueto enunciado discrepante según el cual para el censor la Resolución No 2152 del 10 de octubre de 1.995, a través de la cual, sin soporte legal alguno se reconoció al imputado la suma de \$35'878.224.00, no contenía ninguna decisión manifiestamente contraria a la ley, dado que a través de ella simplemente se reconocieron algunos pagos por concepto de reajustes de cesantías y de pensiones “de acuerdo con la parte motiva”.

Paladinamente y contrariando, por tanto, las mas mínimas pautas de orden técnico, el libelista se muestra opuesto a la condena que por el delito de prevaricato se impusiera al procesado en su condición de cómplice en relación con la referida resolución, con el peregrino argumento de no contener el citado acto ninguna decisión contraria a la ley.

Ignora en forma absoluta el censor las características del recurso propuesto y de las obligaciones que haber acudido a la causal primera de casación le imponían, pues no es comprensible cómo le basta esbozar la vía directa, dentro de la que el alegato debe ser estrictamente jurídico, para especular que el sentenciador se habría apartado “de los reales delineamientos que encasillan la conducta de este hecho punible”, ya que, desde su caprichoso margen “se deben hacer muchos razonamientos y disquisiciones y aún así no se puede establecer que lo decidido en la parte resolutive sea manifiestamente contrario a la ley”.

La elocuente precariedad en el vacío enunciado de este cargo y la manifiesta falta de desarrollo conducen a su inexorable desestimación.

Tercer cargo.

Finalmente, la oposición al fallo se expresa bajo la afirmada aplicación indebida del art. 24 del C.P., que hace consistir el demandante en que si, conforme lo señaló el a quo, “mi asistido no actuó como determinador sino como cómplice ya que el contribuyó al perfeccionamiento del delito cuando se notificó de la resolución. En consecuencia, si el delito ya estaba consumado al proferirse la resolución por el funcionario de Foncolpuertos ninguna colaboración eficaz” habría desplegado DÁVILA BURITICÁ.

Repudia este reproche la Procuradora Delegada, dada la evidente ausencia de argumentación jurídica que en condiciones semejantes ofrece el cargo, pues como en verdad surge incontrastable, con su mínimo planteamiento no se destaca yerro alguno en que haya podido incurrir el juzgador y mucho menos explica el actor el supuesto sentido del defecto en la aplicación de la ley acusado y en el que, consecuentemente, debería estar incurso el fallo.

Este reparo por estar carente del menor fundamento resulta inestudiable.

Por último y en vista de que con la decisión de la Sala, el fallo no sufre modificación alguna, debe advertirse que cualquier efecto favorable que pudiese derivarse de la aplicación del nuevo Código Penal, correspondería al respectivo Juez de Ejecución de Penas, 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 la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS AUGUSTO
GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGGO EDGAR LOMBANA
TRUJILLO

MARINA PULIDO DE BARÓN YESID RAMÍREZ
BASTIDAS

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria