

Proceso No 18667

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N° 034

Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil seis (2006).

V I S T O S :

Se ocupa la Sala de calificar el mérito probatorio de la presente investigación adelantada contra FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, por el delito de peculado por apropiación.

HECHOS :

Entre los años de 1998 y 2000, cuando FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ ejercía el cargo de Representante a la Cámara por el Departamento del Vichada, dicha Corporación le suministró numerosos tiquetes aéreos para sus desplazamientos por el país en ejercicio de sus funciones congresionales, que en lugar de usar personalmente cedió a particulares, quienes los utilizaron con excepción de un caso -el de Yolanda Ramírez-, en el que la cesionaria lo entregó a otra persona.

La cuantía aproximada de los tiquetes -pues falta por establecer el valor de ocho de los entregados por Satena- ascendió por aquel entonces a \$4'991.030.00, reintegrando voluntariamente FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ \$6'175.000.001 antes de que se ordenara la apertura de la investigación.

En el cuadro que a continuación se inserta, están relacionados los boletos de transporte objeto de la operación antes descrita, entregados por la empresa SATENA al implicado:

N° de Tiquete

Nombre

Cant

Ruta

Fecha utilizac.

Valor

0111430193963

0111430193958

(fl.8)

Novoa Rosario

(3)

Bogotá-Pto. Carreño-Bogotá

13-Feb-99

8-Abr-99

\$471.800

0111430197294

(fl. 8).

Miller Hung

(1)

Buenaventura-Bogotá

23-Abr-99

\$112.300.00

0111430216557

(fl. 9)

Huber Espinal

(2)

Bogotá-Medellín-Bog

8-Jun-99

\$192.600.00

0111430215687

(fl. 9)

Walteros Lucía

(2)

Apiay-Pto. Carreño

10-Jun-99

\$168.300.00

0111430227089

0111430239780

(fl. 9)

Calderón Betty

(f. 45 #1)

(3)

Pto. Carreño-Bogotá-Pto. Carreño

27-Jul-99

5-08-99

11-09-99

\$539.800.00

0111430299447

(fl. 30 #1).

Aguirre Fernando

(f. 45 #1)

(1)

Pto. Carreño-Bogotá

27-Abr-00

\$223.2000.

S U M A N :

\$1'711.000.00

0111430221350

(fl. 9)

Yolanda Ramírez

(1)

Sin determinar

8990-301724

Ortiz Reynaldo

(1)

Pto. Carreño-Bogotá

18-Ago-98

“

1430-087488

Orjuela José

(1)

Bogotá-Pto. Carreño

15-Oct-98

“

Herrera G. Parmenio

(2)

Bogotá-Arauca

“

1430-089382

Pinilla Rodrigo

(1)

Villavicen-Arauca

“

1430-089381

Pulido Amalia

(1)

Pto. Carr-Bog.

3-Ene-99

“

My. Bernal Sabino

(2)

Villavicen-Arauca

“

1430-089383

Garnica Humberto

(1)

Bogotá-Pto. Carreño

20-Oct-98

“

La empresa AIRES también elaboró tiquetes a favor de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ quien los cedió, entre otras personas, a su madre Ana Felisa García; a sus hermanos Dairo y Bayron; y a Liliana Castillo, compañera permanente de uno de sus hermanos. En los trayectos recorridos incluyó Villavicencio, Neiva y Yopal, que no están en territorio del Departamento que él representa.

Nº Tiquete

Nombre

Cantid

Ruta

Fecha utilizac.

Valor

0040020250279

Alexandra Quintero

(1)

Bogotá-Neiva-Bog.

1-05-99

\$181.560.00

0040020002324

0040020350121

Ana Feliza García R.

(2)

Bogotá-Villavic-Bog

15-11-99

1-09-99

\$255.260.00

0040020002324

0040020299537

Bayron García

(2)

Bogotá-Villavic-Bog

15-11-98

30-06-99

\$255.260.0040020

0040020488638

Carlos Acosta

(1)

Villavic-Bog

03-01-00

\$94.190.0040020

0040020488639

Dairo Garcia

(1)

Villavic-Bog

03-01-00

\$94.190.0040020

0040020350120

Gerly Rodríguez

(2)

Bogotá-Villavic-Bog

04-12-99

\$181.560.00

0040020211020

Gilberto Pulido

(2)

Bogotá-Villavic-Bog

10-05-99

\$181.560.00

0040020488638

Julio Cuellar

(1)

Villavic-Bog

3-01-00

\$94.190.00

0040020025730

Jorge Bustos

(1)

Bogotá-Villavicencio

3-11098

\$73.700.00

0040020133680

Laureano Sánchez

(2)

Bogotá-Villavic-Bog

15-02-99

\$170.120.00

0040020350119

Liliana Castillo

(2)

Bogotá-Yopal-Bogot

1-08-99

\$181.560.00

0040020250278

0350020569189

Lucas Reyes

Asistente

(4)

Bog-Neiva-B

Bog-Villavi-B

3-05-99

4-03-00

\$381.160.00

0040020250280

Pedro Celi

(1)

Bog-Neiva-Bogotá

01-0599

\$181.560.00

0040020002325

Reynaldo Ortiz

(1)

Bog-Yopal-Bogotá

06-11-98

\$147.400.00

0040020025730

Ruth García

(1)

Bogotá-Villavicenc.

3-11-98

\$73.700.00

0040020299539

Wagner Cuellar

(2)

Bog-Neiva-Bogotá

6-06-99

\$181.560.00

0040020488640

0040020350122

0040020452348

Yesid García

(4)

Bogotá-Villav-Bogot.

27-11-99

25-10-99

\$551.500.00

S

U

M

A

N :

\$3'280.030.00

ACTUACIÓN PROCESAL :

1. La denuncia de los anteriores hechos fue formulada por el ciudadano Abel Benito Castro el 6 de agosto de 2001 y el Consejo de Estado, en providencia del 13 de noviembre del mismo año mediante la cual decretó la pérdida de investidura de Congresista del Representante a la Cámara FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, por hechos relacionados con la cesión de los tiquetes aéreos incluidos en los cuadros antes insertos, ordenó compulsar copias con destino a esta Corporación para la posible investigación penal de los mismos².
2. La competencia de la Sala para conocer del asunto se estableció con la constancia expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes sobre el ejercicio del cargo de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, como miembro de dicha Corporación, durante el período constitucional 1998-20023, con lo cual quedó debidamente acreditada su calidad foral.
3. El 26 de febrero de 2003, fue oído en versión libre FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ⁴, en atención a petición elevada por él en tal sentido.
4. Por auto proferido el 25 de abril de 2005⁵, se abrió investigación previa y se decretaron varias pruebas que una vez evacuadas dieron paso a la formal apertura de instrucción el 19 de agosto de 2005⁶, y a la vinculación mediante indagatoria del ex-congresista antes nombrado, diligencia que se cumplió el 21 de octubre del mismo año⁷.

Las notas civiles de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ son las siguientes: se identifica con la cédula de ciudadanía N° 18'261.002 de Puerto Carreño, Vichada, nació en Orocué, Casanare, el 3 de marzo de 1962, es hijo de José Misael y Ana

Felisa, es abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y fue profesor durante varios años de Derecho Procesal y Privado, fue asesor del Congreso entre 1992 y 1994 y Representante a la Cámara por el Departamento del Vichada desde el 20 de julio de 1994 hasta el 5 de marzo de 2002.

5. Cerrado el ciclo instructivo mediante providencia del 17 de enero de 2006, serán evaluados los medios de convicción recaudados hasta ese momento, previo el resumen de los memoriales precalificatorios de los sujetos procesales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN :

Dentro del término legal respectivo, arribaron los memoriales provenientes de:

El Procurador Segundo Delegado para la Investigación y el Juzgamiento.

Se inclina por el proferimiento de acusación por el delito de peculado por apropiación descrito en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, con respuesta punitiva más favorable que el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en vigencia.

Funda tal petición en los siguientes argumentos:

En cuanto al aspecto objetivo, considera que la apropiación de bienes del Estado por parte de terceras personas se demuestra con la cesión a particulares de los pasajes aéreos suministrados por el Congreso a FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ para el cumplimiento de sus funciones de Representante a la Cámara, plenamente acreditada con las certificaciones en tal sentido expedidas por la entidad que los autorizó, con las constancias procedentes de las empresas de transporte aéreo contratadas con tal finalidad, y, admitida por él en el curso de la indagatoria.

Estima que la naturaleza jurídica de dichos boletos corresponde a bienes fiscales “destinados a la prestación de servicios públicos”, cuyo uso por parte del Congresista en el cumplimiento de sus funciones los agota, conforme a providencia del Consejo de Estado invocada por el procesado pero para afirmar que por el hecho que el Fondo de Previsión Social del Congreso los haya incluido como factor salarial al liquidar sus prestaciones sociales, se entiende que ingresaron a su patrimonio.

El tratamiento jurídico dado por el citado Fondo a los boletos se presentó hasta el 14 de octubre de 1999, cuando en acatamiento de la sentencia la Corte Constitucional C-608 de 23 de agosto de 1992, se les excluyó de la liquidación de las prestaciones sociales, luego como con posterioridad a dicha fecha FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ cedió los tiquetes a él entregados por el Congreso a terceros, sin autorización del Congreso y en contravía del artículo 5° del Decreto 870 de 1989 que dispone que la expedición de los citados pasajes a los empleados de la Cámara para los desplazamientos fuera de Bogotá en cumplimiento de sus funciones, debe estar precedido de solicitud justificada del superior y de la resolución aprobatoria de la mesa directiva, pues según constancia expedida por la Secretaría General de la Cámara de Representantes el procesado en ningún momento solicitó autorización para cederlos a terceros y quienes los usaron no lo hicieron en cumplimiento de gestiones oficiales, así fueran miembros de dicha Corporación, además, porque tampoco gestionó el cambio de beneficiario poniendo en conocimiento las amenazas de muerte a él realizadas por grupos al margen de la ley, con el fin de que estos cumplieran labores inherentes a su unidad de trabajo legislativo.

Descarta que el comportamiento de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ hubiera estado amparado por la confianza legítima derivada de la posición asumida por el Consejo de Estado durante trece años, en el sentido de que los referidos boletos eran de propiedad de los congresistas, además, sostiene la completa independencia entre el proceso que se le siguió a dicho implicado por la pérdida de investidura congresional y el

penal que le sigue esta jurisdicción.

En relación con el aspecto subjetivo señala que existen suficientes elementos de juicio que indican que FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ desarrolló la conducta punible con conocimiento y voluntad, pues así se desprende de sus manifestaciones injuradas, sin que sea admisible la exculpación en el sentido de que creyó que podía realizarla, pues tal postura riñe con el hecho de que sea abogado en ejercicio, con estudios de Maestría en derecho administrativo, autor de un libro de esta materia y profesor universitario, conocimiento y formación que le permitían saber que estaba obligado a utilizar personalmente los pasajes aéreos en cumplimiento de su función legislativa.

Adicionalmente considera que FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ con su acción vulneró "...el Patrimonio del Estado, además, la probidad y la fidelidad del buen funcionamiento de la administración pública".

La apoderada de parte civil.

Demandó acusación por el delito de peculado por apropiación por encontrar reunidos los requisitos exigidos para el efecto por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, pues el material probatorio recaudado hasta ahora, a su juicio, es suficiente para demostrar que sí hubo apropiación indebida de bienes de la Cámara de Representantes en provecho del actor y en detrimento material de la administración pública, en la cuantía establecida hasta ahora en \$4'999.030.00, por cuanto FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ no estaba autorizado para dar los pasajes a terceros y, en caso, de que no los usara debía devolverlos.

El defensor de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ.

Orientó su solicitud de preclusión de la instrucción a favor de su representado, así:

3.1. De manera principal, hacia el reconocimiento de la atipicidad objetiva de la conducta imputada, con base en los siguientes argumentos:

A partir de la admisión por parte del procesado de la cesión de los tiquetes aéreos sobre los cuales se le preguntó en la indagatoria y excluida la posibilidad de que hubiera otorgado su consentimiento a algunos de los cesionarios para la venta de alguno de ellos, estuvo de acuerdo en la acción imputada a su representado.

Discrepó de la adecuación de dicha conducta al tipo objetivo de peculado por apropiación por considerar que no estaba prohibida ni legal ni reglamentariamente, juicio que fundó en los siguientes elementos de prueba:

a) La certificación expedida el 16 de agosto de 2001 por el Secretario General de la Cámara de Representantes, Angelino Lizcano Rivera (fl. 23, Anexo N°5), quien precisó que los mencionados tiquetes corresponden al giro ordinario del Congresista, se expiden periódicamente, no obligan a dicho funcionario a rendir informe sobre el uso, el cual puede desarrollar libremente, y, en su defecto, no tenía el deber de reembolsarlos salvo la pérdida de la condición congresional.

b) El testimonio rendido por dicho funcionario ante el Consejo de Estado, quien indica la Ley 5 de 1992 como fuente legal para la entrega de los tiquetes destinados al cumplimiento de comisiones de carácter específico, y el artículo 4° del Decreto 870 de 1989, en cuanto autoriza la entrega de un tiquete semanal en época de sesiones, y uno mensual en período de receso, actividad que se cumple al inicio de cada mes. Opina que la única prohibición sobre el uso de los mencionados pasajes es que el beneficiario original deje de ostentar la calidad de congresista, pues no existe norma que faculte o prohíba la cesión a terceros.

c) La comunicación procedente del Secretario General de la Cámara de Representantes (fl. 165 Anexo 5) sobre la posibilidad que otorga el Decreto 870 de

1989 de expedir tiquetes al congresista con destinos diferentes a los de su Departamento de origen, en atención a la ubicación geográfica de Villavicencio en relación con los Llanos Orientales y a la inseguridad reinante en la zona.

Y, concluyó: No obstante encontrarse consignado en la sentencia de pérdida de investidura de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, proferida por el Consejo de Estado, afirmación en el sentido de que la disponibilidad de los pasajes aéreos por parte de los congresistas no les permitía actuar como sus plenos propietarios, porque su utilización está condicionada al ejercicio de su misión, lo cierto es que una vez reciben los cuatro pasajes mensuales, y en el caso de los representantes de la llamada Media Colombia, entre ellos el del procesado, algunos más para trasladarse a otras ciudades, podían utilizarlos para viajar según su conveniencia sin que estuvieran obligados a devolverlos a menos que dejaran de pertenecer a dicha Corporación y sin que norma alguna les prohibiera cederlos a otras personas, o, existiese regla que señalara los requisitos para poder transferirlos, así el Secretario de la Cámara de Representantes, a tono con el Decreto 870 de 1989, exigiera para su expedición el nombre del beneficiario y la ruta respectiva, tanto que en algunas oportunidades autorizó la cesión de pasajes.

Estima que la forma de asegurar que la entrega de los tiquetes aéreos constituya una verdadera ayuda económica para los congresistas es flexibilizando su uso, de ahí la ausencia de normatividad al respecto, al punto que a la empresa transportadora de quien se demanda el servicio no se le restringe la posibilidad de expedir un nuevo tiquete a nombre de la persona a quien lo cede el congresista, además, porque la cesión es característica propia de la naturaleza de los pasajes aéreos.

Considera que la misión de los congresistas no se limita a asistir a las sesiones ni su trabajo se reduce al que realizan personalmente, sino que deben mantener contacto con sus electores, algunos localizados en lugares peligrosos, razón por la cual les es permitido

ceder tiquetes para cumplir tal cometido.

La inexistencia de norma expresa que indique a qué título se entregan los pasajes a los parlamentarios, unida al hecho de que se trata de un auxilio que se les da para el cumplimiento de sus labores, con indicación en el boleto del nombre del beneficiario, permite deducir que son titulares del derecho de propiedad en ellos incorporado, el cual se extingue cuando lo utilizan directamente o lo hace la persona a quien lo ceden.

En respaldo de tal planteamiento invoca providencia de esta Sala del 6 de septiembre de 1995, obrante en el proceso, en que se descarta el detrimento de la administración pública por haber cambiado el imputado un tiquete de primera clase por dos de clase económica, por considerar que tal proceder se reduce a la renuncia voluntaria a los privilegios correspondientes al boleto inicialmente expedido.

3.2. A nivel subsidiario, el defensor propuso que se considerase que la conducta endilgada a FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ es objetivamente típica, se enmarque dentro del peculado por uso, consagrado en el artículo 134 del Decreto 100 de 1980.

Sostuvo que de entenderse que el derecho del congresista está limitado a usar los tiquetes de manera personal y exclusiva (aunque tal apreciación carece de fundamento normativo), al permitir mediante la cesión que ese bien fungible sea usado por otra persona se debería imputar la modalidad de peculado por uso indebido.

3.3. En último término el defensor pidió que se declare la atipicidad de la conducta imputada a FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, en razón a que obró por error de tipo invencible sobre uno de los elementos del tipo penal a él imputado, constitutivo de la causal de ausencia de responsabilidad penal consagrada en el artículo 32, numeral 10º de la Ley 599 de 2000, con base en las siguientes razones:

Entendido el dolo como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, trátase de peculado por apropiación o por uso, considera que su mandante judicial ha sido coherente durante sus diferentes intervenciones dentro de este proceso al decir que él cedió los boletos porque creyó que eran de su propiedad y no tenía ninguna limitante al respecto, por tanto, podía disponer de ellos a través de otras personas para cumplir con sus “fines congresionales”.

La solidez de esta afirmación la atribuye a que el Decreto que creó ese gasto en beneficio de los congresistas no fue reglamentado, aspecto que corroboró el Secretario General de la Cámara de Representantes encargado de su aplicación, quien además señaló que ni siquiera estaban obligados a informar sobre el uso dado a los tiquetes —pues tampoco lo hacían respecto de otros auxilios como el de vivienda, el destinado a la adquisición de vehículo o al pago del teléfono celular—, ni a recibir instrucción alguna al respecto, al punto que no obstante estar cediendo FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ los pasajes desde 1998, ninguna autoridad le llamó la atención o lo requirió al respecto.

La señalada convicción se debió, también, a que para la época de los hechos investigados el Fondo de Previsión Social del Congreso consideraba los pasajes aéreos entregados a los parlamentarios como factor salarial a tener en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales —en igual sentido se pronunció el Ministerio de Hacienda en el concepto N° 03376 del 10 de febrero de 1995— hasta que la Corte Constitucional les negó tal calidad en sentencia C—608 de 1999.

Considera que la fortaleza de dicha convicción la revela las autorizaciones escritas y verbales que FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ daba a las agencias de viajes para que cambiaran el nombre de los beneficiarios de los boletos, pues de dudar de la legalidad de su actuación no hubiera dejado huellas materiales.

Además, porque la trayectoria profesional y académica del ex—parlamentario y la carencia de antecedentes negativos en su hoja de vida indican que es un ciudadano de bien que en el ejercicio de su actividad política se convirtió en blanco de ataques de sus rivales hasta llegar a denunciarlo penalmente.

El ejercicio de la abogacía no es obstáculo para el reconocimiento del error invocado, según lo prueban las diferentes interpretaciones que se dieron a las normas relacionadas con los tiquetes mencionados, pues mientras la sentencia T—463 de 1995 de la Corte Constitucional los clasificó como factor salarial, el Consejo de Estado durante muchos años los catalogó como un bien fiscal cuya propiedad se trasladaba al congresista con la entrega, y, también, lo refleja el importante número de salvamentos de voto formulados a la sentencia de pérdida de investidura del procesado.

Cree que la invencibilidad de este error la determina la imposibilidad en que se encontró el ex—funcionario de salir de él, atendidas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que actuó, y la complejidad del tema.

CONSIDERACIONES :

1. Competencia:

De conformidad con el artículo 235 de la Constitución Política, compete a la Corte Suprema de Justicia investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República, luego acreditada la elección de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Vichada para el período comprendido entre 1998 y 2002, con la constancia expedida en tal sentido por el Secretario General de dicha Corporación, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en virtud del fuero constitucional que asiste a dicho imputado toda vez que la conducta punible materia de investigación guarda relación con las funciones desempeñadas por él en su condición de Representante a la Cámara (artículos 235 y

186 de la Constitución Política).

2. Presupuestos sustanciales de la resolución de acusación y de la preclusión de la investigación.

De conformidad con lo previsto por el artículo 397 de la ley 600 de 2000, resulta procedente calificar el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación cuando de los medios válidamente recaudados se halle demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otra prueba que señale la responsabilidad del sindicado.

De otra parte, la preclusión de la investigación como una de las formas en que el sumario puede ser calificado, se ofrece procedente cuando se establezca probatoriamente que el comportamiento no ha existido, o que el sindicado no lo ha llevado a cabo, o que es atípico, o porque se halla demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, según lo establecen los artículos 399 y 36, respectivamente, de la Ley 600 de 2000.

3. Análisis de la tipicidad de la conducta investigada:

3.1. La fase objetiva del peculado por apropiación imputado a FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, está descrita en el artículo 133 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, en los siguientes términos:

“Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e

interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad ($\frac{1}{2}$) a las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad ($\frac{1}{2}$).”

Con el fin de establecer si FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ incurrió en dicha conducta la Sala estima pertinente establecer con fundamento en las pruebas recaudadas los siguientes aspectos:

El artículo 4° del Decreto 870 de 19898, autoriza al ordenador del gasto del Congreso de la República, previa solicitud del Secretario General de cada Corporación, la expedición de pasajes aéreos dentro del territorio nacional para los congresistas en ejercicio, uno semanal por cada sesión ordinaria y uno mensual en período de receso, a través de la respectiva empresa a quien se le indicará el nombre del funcionario y la ruta, luego es evidente que los tiquetes entregados a FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, relacionados en los cuadros insertos dentro de esta providencia, fueron adquiridos con dineros del Tesoro Nacional a las empresas Satena⁹ y Aires.

Tampoco deja duda el texto normativo antes citado que si a la empresa contratada para la prestación del respectivo servicio de transporte aéreo el ordenador del gasto público le indicaba el nombre del congresista a quien debía ser expedido el tiquete y el destino, era con el fin de asegurar que los boletos serían utilizados por el funcionario investido de autoridad pública, sin embargo, en el caso de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ esto no sucedió, pues según él lo admitió en su indagatoria¹⁰, dichos pasajes los cedió expresamente a personas cercanas a él con el fin de que le colaboraran en su empeño de acercarse a sus electores, con quienes no podía tener contacto directo por

encontrarse en territorios de orden público alterado y porque venía siendo víctima de amenazas de muerte por integrantes de grupos subversivos.

El Consejo de Estado en la providencia en que decretó la pérdida de la investidura de Congresista del Representante a la Cámara FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, del 13 de noviembre de 2001¹¹, señaló:

“...el Representante FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ propició la destinación indebida de dineros públicos, al ceder a terceras personas ajenas al Congreso, los billetes de pasaje adquiridos por la Cámara de Representantes con recursos públicos, que le fueron entregados a su nombre para el desempeño de sus funciones como Congresista en el período comprendido entre 1998 y 2000, por lo cual se halla incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4° del artículo 183 de la Constitución Política, esto es, “indebida destinación de dineros públicos”.”

Fue esta la razón por la cual la Corporación Contencioso Administrativa compulsó copias para promover la presente investigación penal, luego es necesario establecer si el implicado estaba legitimado o no para ceder a terceros los boletos en mención.

Tanto el Delegado como la apoderada de parte civil han dado respuesta negativa al anterior interrogante. El primero, porque considera que estaba obligado a solicitar autorización al Congreso para realizar la mencionada cesión, conforme se infiere del artículo 5° del Decreto 870 de 1989¹² que dispone que la expedición de los citados pasajes a los empleados de la Cámara para los desplazamientos fuera de Bogotá en cumplimiento de sus funciones, debe estar precedido de solicitud justificada del superior y de la resolución aprobatoria de la mesa directiva, trámite este que en ningún momento adelantó, según información procedente de la Secretaría General de la Cámara de Representantes, sin embargo, la norma invocada no está destinada a

los Congresistas sino a los empleados a ellos subordinados.

El defensor ha sostenido con base en las pruebas documentales y el testimonio rendido por el Secretario General de la Cámara de Representantes, que la única limitación para el uso de los referidos tiquetes era la pertenencia del beneficiario de ellos a dicha Corporación, luego bien podía utilizarlos de acuerdo a sus necesidades personales, aunque orientadas a la actividad congresional, como finalmente lo hizo por las razones de orden público anotadas, pues ninguna norma le prohibía cederlos ni le señalaba las condiciones en que debía hacerlo, tampoco existía regla que lo obligara a informar sobre la utilización, por el contrario, considera que podía disponer de ellos libremente por ser propietario pleno, según lo indica la naturaleza jurídica del comprobante del contrato respectivo, correspondiente, no hay que olvidar, anota la Sala, a la de un contrato comercial de transporte, acorde con el artículo 981 del Código de Comercio.

En esta discusión la Sala tercia a favor de la imposibilidad jurídica de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ de ceder los tiquetes a terceras personas en atención a la procedencia de los recursos públicos con los cuales fueron adquiridos y a la destinación dada a ellos por el ordenador del gasto público, según mandato del artículo 4° del Decreto 870 de 1989 previamente transcrito, cual es el cumplimiento personal de funciones públicas, contexto este dentro del cual la cesión a terceros resultaba ajena a la actividad política que debía cumplir a través de las Unidades de Trabajo Legislativo que le estaban adscritas, integradas por empleados para quienes conforme al artículo 5° del Decreto 870 de 1989 bien podía haber solicitado pasajes.

La citada cesión resulta, además, transgresora del artículo 209 de la [Constitución Política](#), en cuanto la administración pública debe estar siempre al servicio de la comunidad y no de intereses particulares para evitar desorden en su estructura, organización y dinámica, e, igualmente, violatoria del deber inherente a todos los funcionarios públicos de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, entre ellos un orden

político, económico y social justo (Preámbulo y artículos 2° y 6° de la Carta Fundamental).

Establecido que el ex-congresista FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ cumplió la actividad que se le imputa fuera de los parámetros constitucionales y legales, y, en provecho de terceros ajenos a la Cámara de Representantes, se concluye su tipicidad objetiva, adecuación que se hace dentro del peculado por apropiación, pues la hipótesis planteada por el defensor, de incluir la conducta desarrollada por FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ dentro del tipo de peculado por uso, no es admisible en la medida en que en este caso el servicio de transporte prestado a quienes fueron cedidos los tiquetes, por las empresas Satena y Aires, en cumplimiento del contrato celebrado con el Congreso de la República, implicó la disposición de dineros oficiales sin posibilidad de retorno alguno para el contratista, en condiciones normales.

3.2. En cuanto a la fase subjetiva del peculado por apropiación, la Sala, antes de responder a los planteamientos propuestos sobre este punto por el defensor, estima necesario sentar algunas premisas con base en su jurisprudencia:

“En consecuencia, el Código Penal de 2000 indica en los artículos 21-25, especialmente, que los elementos subjetivos se ubican en la conducta y, por consiguiente, al interior del tipo legal, razón para señalar entre sus especies la dolosa, culposa o preterintencional, vale decir, que el conocimiento, representación y voluntad son elementos propios del acto, y como el acto, acción o conducta es el núcleo del tipo, deviene en consecuente inferencia que en los delitos dolosos, el dolo hace parte de la estructura típica, como lo hace la ley al definir en el artículo 32-10 el error de tipo, que se configura cuando el actor obra desconociendo (elemento representativo) que en su hacer concurren los elementos objetivos del tipo o persuadido de que concurren presupuestos fácticos de una causal de justificación.

(...)

4. Así mismo, el estatuto penal de 2000 consagró como causales de ausencia de responsabilidad (artículo 32) los ya tradicionales errores de tipo (num.10) y de prohibición (num.11), la primera clase en su especie clásica (“se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica”) más “de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad”, errada representación sobre lo material, fenomenológico o fáctico de las causas de justificación, verbi gratia, en la legítima defensa, yerro en el acto de agresión, que otrora configuraba la defensa putativa, error de prohibición o sobre el elemento antijuridicidad (artículo 40-3 cp-80), que no es sobre lo normativo o jurídico de esa institución (artículo 32-11 cp-2000).

(...)

“El error de tipo invencible es la errada interpretación que no le era exigible al autor superar, o en otros términos, que ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa habría podido llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia. Y, el error de tipo vencible es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho.”¹³

Con base en estos presupuestos se establecerá, entonces, si al incorporar FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ al patrimonio de terceros bienes del tesoro público -los tiquetes aéreos en referencia- lo hizo con pleno conocimiento de que tal acción era constitutiva de peculado por apropiación y por eso encaminó su voluntad hacia su realización.

El Delegado opinó en sentido positivo con fundamento en la amplia y

especializada formación jurídica en temas de administración pública del procesado, suficientes para que tuviera conocimiento de la obligación que tenía de utilizar personalmente los pasajes aéreos en cumplimiento de su función de representación política legislativa.

Posición opuesta asumió la defensa al argumentar que la cesión que hizo su representado de los boletos mencionados la fundó en la creencia de que eran de su propiedad y por tanto podía disponer de ellos libremente para cumplir sus “funciones congresionales”, convicción generada por la ausencia de reglamentación del decreto que autorizaba la contratación del referido servicio de transporte para los Congresistas; por haber sido considerado como factor salarial el valor de dichos tiquetes por el Fondo de Previsión Social encargado de liquidarles las prestaciones sociales, con apoyo en concepto del Ministerio de Hacienda del 10 de febrero de 1995; porque la Corte Constitucional en sentencia T-463 de 1995 los clasificó como factor salarial, hasta que la misma Corporación en sentencia C-608 de 1999 le negó tal calidad, fuentes de derecho éstas generadoras de error invencible acerca de la ilicitud de tal acción en FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, así tenga formación jurídica extensa, punto cuya controversia alcanzó a los Magistrados que salvaron voto en la providencia de pérdida de investidura congresional decretada en su contra.

Sin embargo, al revisar la Sala los siete salvamentos de voto y las tres aclaraciones realizadas por los Consejeros, se constata que la discusión giró acerca de si los boletos eran bienes fiscales o dineros públicos, en punto de tipificar la inhabilidad mencionada, pues hubo consenso en cuanto a la reprochabilidad de tal comportamiento.

El análisis probatorio lo adelantará la Sala a partir de la indagatoria de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ al expresar:

“...Siempre entendí que los tiquetes mensuales entregados a los congresistas, a todos los

congresistas, incluido yo por supuesto, eran de nuestra propiedad de acuerdo con la ley, es decir tuve la íntima convicción que al pertenecerme esos tiquetes podía disponer de ellos a través de otras personas para cumplir mis fines congresionales. Cuál la razón para entender sobre esta propiedad? Son varios puntos, el primero era el concerniente a que a los congresistas nos daban mensualmente varios rubros a título de subsidios o auxilios que nos pertenecían, tales como subsidio mensual para el pago de arrendamiento o de vivienda aquí en Bogotá para todos los congresistas y sobre esto el congresista disponía libremente y no tenía que rendir informe a la Cámara, precisamente por ser de propiedad del congresista...(…)Otro tanto sucedía con el subsidio para la compra de vehículo...(…) algo similar acontece con los celulares porque mensualmente al congresista le pagan unos minutos para que los use...”¹⁴

En sus testimonios las personas beneficiadas con la cesión de tiquetes Alexandra Quintero, Liliana Castillo, Pedro Celi, Bayron García y Wagner Cuéllar¹⁵, aseguraron haberse movilizado para conocer las necesidades de los desplazados del Vichada; Rosario Novoa¹⁶, para reunirse con los pescadores y conocer sus problemas; Fernando Aguirre y Reynaldo Ortiz¹⁷, para escuchar de la comunidad sus dificultades; Gerly Rodríguez¹⁸ se entrevistó con deportistas; Gilberto Pulido¹⁹, para adelantar trámites relacionados con las vías del Departamento del Vichada; y, Yesid García²⁰ con el fin de realizar un censo de niños con deformidades físicas.

Estos deponentes aludieron a las amenazas de muerte recibidas por FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ, cuando fungía como Representante a la Cámara, de los integrantes de grupos subversivos, motivo al cual atribuyeron los encargos de las gestiones señaladas. Al mismo hecho se refirieron Carlos Manuel Martínez, miembro de la Policía, encargado de coordinar los planes de seguridad del ex-parlamentario, y Diógenes José Márquez, funcionario que estuvo vinculado a la Procuraduría General de la Nación, y en igual sentido Albeiro Vanegas Osorio²¹.

Del tratamiento de factor salarial dado a todos los ingresos obtenidos por los Congresistas, incluidos los servicios ajenos a la asignación, da cuenta el párrafo de la sentencia de constitucionalidad que se pasa a transcribir:

“Todas aquellas sumas que corresponden a salario, a primas, y a otras erogaciones integrantes de la “asignación”, pueden constituir -depende de las determinaciones que adopte el Ejecutivo al desarrollar las pautas y lineamientos trazados por el Congreso- base para liquidar la mesada pensional. En cambio, están excluidas de ese conjunto las que, al no gozar de un sentido remuneratorio, pagan servicios ajenos a la asignación. La Corte se abstiene de señalar de manera específica los componentes que pueden incorporarse dentro de esa base, pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, es el Presidente de la República quien debe efectuar tales precisiones.”²²

Estima la Sala, que la inexistencia de un sistema normativo armónico y coherente sobre el uso de los tiquetes de transporte entregados a los parlamentarios para el cumplimiento de sus actividades democráticas de representación política por la época en que sucedieron los hechos investigados, condujo a FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ al error de cederlos a particulares para que le colaboraran en dicha actividad, según lo confirmaron las personas que los recibieron, con la convicción errada e invencible de que con tal actuar no incurría en conducta punible alguna, no obstante su amplia formación y trayectoria jurídica, que no le impidió, como lo destaca la defensa, autorizar expresamente y personalmente la cesión ante las empresas contratadas para prestar el referido servicio revelando la desprevisión de su actuar.

Así las cosas se reconocerá que FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ realizó la conducta que se le imputa por error de tipo invencible, luego es atípico subjetivamente tal proceder, caso en el cual se impone precluir la presente investigación penal, en aplicación de los artículos 32, numeral 10° del Código Penal, y 39 del Código de Procedimiento

Penal.

A mérito de lo antes expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

R E S U E L V E :

1. PRECLUIR LA INVESTIGACIÓN seguida en contra de FRANKLIN SEGUNDO GARCÍA RODRÍGUEZ por razón de los hechos que motivaron su vinculación jurídica al proceso, bajo imputación de peculado por apropiación.
2. ADVERTIR que contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Permiso

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PEREZ PINZON

MARINA PULIDO DE BARON

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C. orig. N° 1, fols. 266-267.

2 C. orig. N° 1, fols.29-58.

3 C. orig. N° 1, fol. 84.

4 C. orig. N° 1, fols.243-268.

5 C. orig. N° 1, fols. 133-135.

6 C. orig. N° 1, fol. 22-25.

7 C. orig. N° 1, fols.272.

8 Artículo 4º: La ordenación de los pasajes aéreos o terrestres dentro del territorio nacional para los H. Congresistas en ejercicio, se autorizarán por el ordenar del gasto, previa solicitud del Secretario General de cada Corporación.

Para el efecto la Secretaría General presentará a las Mesas Directivas del H. Senado de la República y la H. Cámara de Representantes, una solicitud mensual de los pasajes a que tiene derecho los H. Congresistas, indicando nombre del beneficiario y ruta respectiva, uno por cada semana, durante el período de sesiones ordinarias o

extraordinarias y un pasaje mensual en período de receso, salvo que se trate de comisiones especiales en el interior del país, solicitadas y aprobadas por las Mesas Directivas, las Comisiones Constitucionales Permanentes Legales, Reglamentarias o Accidentales, caso en el cual, se podrá autorizar un número mayor de pasajes. Igualmente enviará una relación de los tiquetes que hayan sido utilizados o devueltos para efecto de elaborar la correspondiente resolución que ordene el reconocimiento y pago.

9 Anexo 2, fol. 204.

10 C. orig. N° 3. 239-272.

11 C. orig. N° 1, fols. 29-57.

12 Artículo 5°: La expedición de los pasajes aéreos para empleados del honorable Senado de la República y de la honorable Cámara de Representantes, cuando en cumplimiento de sus funciones deban trasladarse fuera de Bogotá, requiere solicitud justificada del inmediato superior y resolución de la Mesa Directiva.

En la misma forma se procederá respecto de los contratistas, cuya prestación de servicio lo amerite y así se haya estipulado expresamente en el respectivo contrato.

Parágrafo: Los Secretarios Generales de Senado y Cámara, previa autorización del Ordenador del Gasto, solicitarán el tiquete respectivo a la empresa aérea, indicando el nombre del empleado o contratista, su cargo o número de contrato y la ruta.

Parágrafo: Los Secretarios Generales de Senado y Cámara, previa autorización del Ordenador del Gasto, solicitarán el tiquete respectivo a la empresa aérea, indicando el nombre del empleado o contratista, su cargo o número de contrato y la ruta.

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. de segunda instancia del 6 de julio de

2005, rad. N° 22.299.

14 C. orig. N°3, fol. 243-244.

15 C. orig. N° 2, fols. 190, 210 y 242; y C. orig. N° 3, fols, 121 y 98.

16 C. orig. N° 2, fol. 209.

17 C. oirg. N° 2, Fol.. 204 y 270.

18 C. orig. N° 3, fol. 82.

19 C. orig. N2, fol. 273.

20 C. oirg. N° 2, fol. 256.

21 C. orig. N° 3, Fol.. 148, 157 y 161.

22 Corte Constitucional, Sent. C-609 del 23 de agosto de 1999, M. P. doctor JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.