

Proceso No 19448

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta No. 32

Bogotá, D.C, once de marzo de dos mil tres.

V I S T O S

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados DIOMEDES SALAMANCA VELASCO y LUZ MIRYAM ANDRADE LOZANO contra el fallo de segundo grado de fecha octubre 16 de 2001, por cuyo medio el Tribunal Superior de Neiva confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo del Circuito de la misma ciudad, el 30 de julio de 2001, mediante la cual se condenó al primero de los citados a la pena principal de un (1) año de arresto, multa por el equivalente a doce (12) salarios mínimos mensuales y un (1) año de interdicción de derechos y funciones públicas, como coautor de peculado culposo, mientras que a la segunda se le condenó a una pena principal de dos (2) años y seis (6) meses de prisión, multa por el equivalente a trece punto siete (13.7) salarios mínimos mensuales, un (1) año de interdicción de derechos y funciones públicas, y la prohibición de celebrar contratos con la administración pública por el término de un (1) año, como coautora de falsedad en documento privado y cómplice de cohecho por dar u ofrecer.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Entre los años de 1995 y 1996 los señores Bensair Silva Bernal y Néstor Hernández Arteaga, en su condición de gerentes de la Cooperativa Multiactiva Sur Andina Huila Ltda, "Surcoandina Huila Ltda", con sede en la ciudad de Neiva, Huila, de común acuerdo con el entonces presidente del Consejo de Administración, señor Alinson Orozco Zambrano, y sin contar con autorización del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, DANCOOP, captaron ahorros a través de depósitos a la vista de más de dos centenares de personas naturales y expidieron numerosos certificados de depósito de ahorro a término a varios entes estatales, entre otros, a la Empresa de Lotería y Juegos de Apuestas Permanentes del Departamento del Huila, así como alINDER, a las Tesorerías Municipales de Rivera, Aipe y Neiva, a la alcaldía de Palermo, al Hospital Universitario Samaritana y al municipio de Baraya.

En desarrollo de tales actividades los directivos de Surcoandina captaron las sumas de \$333.608.120.31 en el año de 1995, y \$1.654.981.244.98 en 1996.

Durante su gestión, además, se presentaron multimillonarias pérdidas que llevaron a la cooperativa a un estado de total iliquidez, al extremo que Néstor Hernández terminó girando cheques sin fondos a los beneficiarios de los CDAT's, situación que condujo al descubrimiento de las operaciones ilícitas que se estaban llevando a cabo y que le impidió a la Lotería del Huila recuperar el dinero depositado a través de los certificados de depósito a término Nos. 156 y 163 por las sumas de \$64.714.984 y \$89.175.053, respectivamente, constituidos bajo la dirección de DIOMEDES SALAMANCA VELASCO y Silvano Guevara Peña, el primero en su calidad de Director Administrativo y Financiero de la Lotería del Huila, y el segundo, Jefe del Área de Tesorería y Pagaduría de la misma entidad, a quienes se les inculpó por haber incumplido sus funciones de administradores y custodios de los dineros oficiales, que terminaron depositando en una cooperativa que no contaba con autorización legal para captar dineros del público.

Se estableció, además, que Silvano Guevara en confabulación con el Gerente y el Presidente del Consejo de Administración de Surcoandina, Néstor Hernández Arteaga y Alinson Orozco Zambrano, respectivamente, al convenir la constitución de los mencionados certificados en la cooperativa, recibió como retribución el pago clandestino de dinero, actividad que desarrollaron con la complicidad de la Tesorera LUZ MYRIAM ANDRADE LOZANO, del Subgerente Administrativo Gustavo Sánchez Ortiz y de la empleada de Marisol Ospina Osso, respectivamente, personajes estos que para camuflar el pago de tales comisiones elaboraron cuentas de cobro, comprobantes de egreso y recibos de caja a favor de una persona fallecida y de otras con quienes la cooperativa no tenía obligación alguna, procedimiento que les implicó la falsificación de numerosos documentos. Mediante este mecanismo egresó de Surcoandina una suma que ascendió a \$7.224.640.00.

Por tales hechos, la Fiscalía Sexta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Neiva, mediante resolución de diciembre 22 de 1998, acusó, entre otros, a DIOMEDES SALAMANCA VELASCO como autor del delito de peculado culposo, y a LUZ MYRIAM ANDRADE LOZANO como cómplice del delito de cohecho y coautora de falsedad en documento privado, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva en resolución del 19 de febrero de 1999.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva conoció del juicio y mediante sentencia del 30 de julio de 2001, finiquitó la instancia condenando a los procesados DIOMEDES SALAMANCA VELASCO y LUZ MIRYAM ANDRADE LOZANO a las penas arriba especificadas, decisión que impugnada por sus defensores fue objeto de confirmación integral.

Contra la decisión de segunda instancia los defensores de los procesados en cita interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Superior de Neiva concedió en auto del 21 de noviembre de 2001.

LAS DEMANDAS

Demanda a nombre del procesado DIOMEDES SALAMANCA VELASCO

Al amparo de la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el defensor de SALAMANCA VELASCO acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de normas sustanciales por “errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas”.

En orden a la fundamentación del cargo destaca que de los oficios que obran a los folios 241, 242, 243 y 253 del cuaderno No. 1, dirigidos por el procesado DIOMEDES SALAMANCA a diferentes funcionarios de la Lotería del Huila, entre ellos al tesorero, pagador y gerente de la empresa, se deduce claramente el recargo de funciones que para entonces tenía el procesado; la falta de recursos humanos para el buen desempeño de la unidad que dirigía; la manipulación de los libros de control de bancos por distintas personas que laboraron en forma transitoria; la improvisación en la escogencia del personal para tan delicadas funciones; y la reticencia del jefe de control para corregir las irregularidades sobre las que alertó el procesado SALAMANCA, sin que recibiera respuesta alguna.

De allí que el procesado no podía tener el control total del funcionamiento de la unidad a su cargo por la falta de personal y de los medios idóneos para ello. Además, el tesorero de la empresa era quien tenía la función de abrir y cancelar cuentas bancarias, de ahorros, títulos y depósitos a término de acuerdo con las instrucciones que al respecto recibiera del gerente, de donde no hubo de parte de DIOMEDES SALAMANCA omisión voluntaria o deliberada en el cumplimiento de sus funciones, sino negligencia total del gerente.

De las fallas institucionales se responsabilizó al subalterno y se exoneró al gerente de la empresa, de donde no hubo justicia en el proceso.

Si DIOMEDES SALAMANCA sugirió la colocación de dineros en depósitos a términos, sólo lo hizo con la finalidad de buscar mayor rentabilidad, pero la persona que ejecutó el depósito fue el tesorero con autorización del gerente, como dice demostrarlo con el manual de funciones de la entidad, de donde no puede endilgársele responsabilidad a su defendido en la colocación de los dineros en la cooperativa Sur Andina, así hubiese sugerido su nombre.

Concluye señalando que los medios de prueba que dan razón de los anteriores hechos no fueron apreciados debidamente, lo que dio lugar a que se condenara a su defendido por el simple hecho de haber insinuado el nombre de la cooperativa Sur Andina para el depósito de los dineros luego extraviados.

Solicita que se case la sentencia y en su lugar se profiera fallo absolutorio a favor de DIOMEDES SALAMANCA VELASCO.

Demanda a nombre de la procesada LUZ MIRYAM ANDRADE LOZANO

Advirtiendo que se acude a la vía de la casación discrecional, el defensor de la procesada LUZ MIRYAM ANDRADE LOZANO formula un solo cargo al amparo de la causal tercera por violación al debido proceso y al derecho de defensa, al haberse omitido la debida fundamentación en la sentencia.

En orden a la fundamentación del cargo destaca que al calificarse el mérito del sumario en la parte resolutive de la resolución se acusó a su defendida como cómplice de cohecho, pero en la parte motiva se precisó que la complicidad se refiere al cohecho cometido en concurso por Silvano Guevara Peña, que lo fue a título de impropio, Nestor Hernández Arteaga y Alinson Orozco, que lo fue por dar u ofrecer. En la sentencia se precisa que la condena lo es por su complicidad en el cohecho por dar u ofrecer, precisándose

que ello ocurre porque el mecanismo para pagar a Silvano Guevara la intermediación financiera fue ideado por Nestor Hernández y Alinson Orozco, y que de su ejecución material se encargaron los empleados subalternos Gustavo Sánchez, LUZ MIRYAM ANDRADE y Marisol Ospina.

Agrega que si el delito de cohecho es formal o de aquellos que se consuman con la mera conducta, lo primero que tenía que establecer el juzgador era a cuál de los verbos rectores tipificados en el artículo 143 del Código Penal correspondía la conducta de los procesados, pues el “dar” y “ofrecer” tienen un significado completamente distinto, omisión que dificultó la defensa ante la incertidumbre del cargo.

De otro lado, si los dineros se entregaban o pagaban a Silvano Guevara cuando ya el Tesorero oficial había depositado los respectivos valores en la cooperativa o había renovado los títulos de depósito, se infiere que el tipo realizado por Nestor Hernández y Alinson Orozco sería el de cohecho por “ofrecer” que se perfecciona con la sola oferta por parte del particular y la aceptación de la misma por parte del servidor público, de donde “la conducta del procedimiento para el cumplimiento de la promesa aceptada queda fuera del tipo”, razón por la cual no es posible la complicidad que se imputa a la procesada LUZ MIRYAM ANDRADE, pues tal ayuda no puede ser posterior a la consumación a menos que se trate de una complicidad “psicológica”, claridad jurídica a la que habrían podido llegar los juzgadores de instancia de haber fundamentado debidamente sus providencias.

Corolario de la inactividad sustentatoria es que se condenó a LUZ MIRYAM como cómplice en el delito de cohecho por “ofrecer”, cuando a lo sumo pudo configurarse el tipo penal del encubrimiento.

Tampoco se encuentra en las sentencias una motivación lógico-jurídica sobre el elemento subjetivo del delito imputado que sólo se configura a título de dolo, pues

nunca se precisó si LUZ MIRYAM ANDRADE entendió esas conductas de ofrecer, aceptar, dar y recibir dineros, como algo distinto al pago de una “intermediación financiera”, que en el rol de la actividad comercial se asimila al pacto de una “comisión” que generalmente es lícita. La omisión de este aspecto llevó a que se condenara a la procesada con violación del principio según el cual está proscrita la responsabilidad objetiva.

El anterior error trajo como consecuencia que no se hubiera identificado la tipicidad que correspondía a “una conducta de cumplir con una oferta de remuneración pactada por la intermediación financiera”, así como a la indefinición del elemento subjetivo. Tampoco se determinó si se trataba del cohecho por dar o del cohecho por ofrecer dentro del tipo penal del artículo 143 del Código Penal. Y aún cuando en la sentencia del Tribunal se concluyó que se trataba de un “cohecho por dar”, en el cual cabía la complicidad de otras personas que participaron en la entrega, no se formuló ninguna fundamentación para llegar a dicha conclusión y no de la que se preveía en la prueba según la cual primero se ofreció la dádiva para captar los dineros y posteriormente se produjo el pago de lo ofrecido y la respectiva recepción.

Concluye entonces que con respecto a la complicidad en el cohecho ella podría ser únicamente referida al cohecho por ofrecer, “caso en el cual el pago y la recepción no son tipificantes”, por lo cual la sentencia condenatoria contra LUZ MIRYAM ANDRADE se dictó con violación del principio de legalidad.

En relación con la falsedad en documento privado que también se imputa a la procesada ANDRADE, tampoco aparece motivación sobre el elemento subjetivo, razón por la cual la condena responde a una responsabilidad objetiva.

De haberse procurado dicha motivación, agrega, los falladores habrían encontrado que en la mente de la procesada nunca estuvo la voluntad de crear documentos para

un objeto ilícito.

La ausencia de motivación ha sido considerada por doctrina y jurisprudencia como una causa de nulidad de la sentencia, ante la imposibilidad de controversia.

Igualmente, agrega, dicha falta de motivación lesionó gravemente el derecho de defensa y el debido proceso de su representada, tipificándose así las causales de nulidad de los numerales 2º y 3º del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

Concluye solicitando que se case la sentencia y se declare la nulidad de la actuación a partir de la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero advertir que los delitos por los cuales se acusó y condenó a los ahora recurrentes DIOMEDES SALAMANCA VELASCO y LUZ MIRYAM ANDRADE LOZANO, no superan en ninguno de los eventos la pena máxima de seis (6) años de prisión.

Así, para el caso del primero de los citados, el delito de peculado culposo estaba sancionado en el artículo 137 del Código Penal de 1980 con arresto de 6 meses a 2 años, mientras que en el Código Penal vigente la pena oscila entre 1 a 3 años de prisión (artículo 400 de la Ley 599 de 2000). Y para el caso de la procesada ANDRADE LOZANO, el delito de cohecho por dar u ofrecer tiene una sanción que oscila entre 3 a 6 años de prisión tanto en el anterior Código Penal (artículo 143) como en el actual (artículo 407), mientras que para la falsedad en documento privado ambas normatividades contemplan una pena de prisión de 1 a 6 años (artículos 289 y 221, respectivamente).

Así las cosas, como la casación ordinaria procede por regla general contra las sentencias de segundo grado que hayan sido proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Penal Militar, “en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos

que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad”, tope que no alcanza ninguno de los delitos por los que aquí se procede, obligatoria deviene la conclusión de que las demandas de casación presentadas por los defensores de SALAMANCA VELASCO y ANDRADE LOZANO, deben referirse a las razones de procedibilidad excepcional señaladas en el inciso 3º del artículo 205 del nuevo estatuto procedimental penal, esto es porque se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

En tal caso, ha insistido la Sala, compete al actor hacer la correspondiente fundamentación, en el sentido de señalar con claridad y nitidez las razones por las cuales la Corte debe intervenir con relación a alguna de estas dos alternativas, o por ambas, lo cual, de una vez se advierte, fue omitido totalmente por el defensor del procesado DIOMEDES SALAMANCA VELASCO en su demanda, pues ni siquiera atinó a solicitar formalmente la admisión de la casación excepcional, lo cual impide a esta corporación ocuparse de su demanda, que en consecuencia, no será admitida.

Cosa distinta sucede con la demanda presentada por el defensor de la procesada LUZ MIRIAM ANDRADE LOZANO, en la cual se hace alusión expresa a la violación de las garantías fundamentales como sustento de la pretensión casacional por la vía excepcional, no obstante lo cual la demanda adolece de protuberantes deficiencias técnicas que llevan igualmente a su inadmisión, como se verá a continuación.

El actor ha planteado una supuesta irregularidad porque los juzgadores omitieron fundamentar la conclusión sobre los elementos configurativos de los tipos penales atribuidos a la procesada, pero no ilustra lealmente a la Corte sobre la integridad del contenido de los fallos de instancia, que conforman una unidad jurídica inescindible, la cual apunta a considerarlos como uno solo en todo lo que no sea contrario.

Cuando se plantea la violación del debido proceso por defectos de motivación de la sentencia, ha dicho la Corte, se impone para el demandante la obligación de demostrar una cualquiera de las siguientes hipótesis: Que el fallo carece totalmente de motivación; que siendo motivado, es dilógico o ambivalente; o, que su motivación es incompleta, cometido que sólo se cumple después de contrastar el contenido integral de los fallos de primera y segunda instancia.

Pero además, no es lo mismo que una decisión judicial adolezca de defectos de motivación, a que la misma no cumpla con las expectativas del sujeto procesal, que la tilda de inadecuada o desacertada en su fundamentación fáctica, jurídica o probatoria, hipótesis que se refleja precisamente en el ataque elevado por el demandante en este asunto.

En el primer caso, el error será de actividad, susceptible de ser atacado dentro del marco de la causal tercera, mientras que en el segundo será de juicio, tema a ser planteado dentro del ámbito de la primera. Por ende, atenta contra el principio de no contradicción y la autonomía de las causales, mezclar, dentro de un mismo reproche, argumentaciones de una y otra índole.

En esta inconsistencia técnica incurre el censor, quien, en un mismo contexto argumentativo, propone indiscriminadamente ambas hipótesis, al sostener, de una parte, que las sentencias de primera y segunda instancia omitieron especificar el verbo rector dentro del tipo de cohecho del artículo 143 del anterior Código penal, esto es “si se trababa del cohecho por dar o del cohecho por ofrecer”, y de otra, que “aun cuando en la sentencia del Tribunal no se acogió la tesis de la defensa de que el pago de los dineros a Silvano Guevara fue producto de una oferta anterior y por lo tanto ese pago no es tipificante de complicidad y concluyó que se trataba de un ‘cohecho por dar’ (p. 29 último párrafo) en el cual cabía la complicidad de las personas que participaron en la entrega”,

Tal argumentación deja en evidencia que el reproche, antes de estar referido a defectos de motivación de la sentencia, contiene más bien un ataque a la valoración probatoria, lo cual se destaca aún más cuando el censor concluye que la motivación no corresponde a “la que se preveía en la prueba”, que según su particular punto de vista llevaba a deducir que “primero se ofreció la dádiva para captar los dineros y posteriormente se produjo el pago de lo ofrecido y la respectiva recepción”.

Igual acontece con la aducida falta de motivación del elemento subjetivo del delito de falsedad documental, pues ninguna referencia se hace a los planteamientos del fallo, y en cambio, valiéndose de una aparente falta de motivación, el censor hace su propio alegato en el que expone una mejor apreciación de las pruebas valoradas por el sentenciador, que según su criterio debieron llevar a concluir que nunca estuvo en la voluntad de la procesada crear documentos para algún objeto ilícito.

Pero además, el desarrollo del cargo es incompleto, puesto que la afirmación de que las citadas sentencias carecen de motivación en relación con la naturaleza del cohecho, no se acompaña de la real demostración de la posible incidencia de esta supuesta omisión en el ejercicio del derecho de defensa de la procesada, y por el contrario, la argumentación esgrimida pone de presente una real comprensión de la imputación fáctico – jurídica, al punto que es el mismo demandante quien da cuenta de que en el fallo del Tribunal se “concluyó que se trataba de un ‘cohecho por dar’ (...) en el cual cabía la complicidad de personas que participan en la entrega”

La casación discrecional sólo se justifica por la urgencia de proteger los derechos fundamentales conculcados, si el daño se pone en evidencia con la sola indicación descriptiva de las razones en que se sustenta. Pero los giros de fundamentación por meras discrepancias valorativas, no pueden ser argumento suficiente para reclamar

una casación sujeta a tan singulares necesidades.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR las demandas de casación discrecional presentadas a nombre de los procesados DIOMEDES SALAMANCA VELASCO y LUZ MIRYAM ANDRADE LOZANO por las razones consignadas en la anterior motivación.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL HERMAN GÁLAN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL
GÓMEZ GALLEGGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

Teresa Ruiz Nuñez

Secretaria

