

Proceso No 20944

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 88

Bogotá, D. C., trece (13) de octubre del dos mil cuatro (2004)

ASUNTO

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del señor ORLANDO TRUJILLO SCARPETTA contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de agosto del 2002, mediante el cual revocó la sentencia absolutoria expedida el 5 de abril por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, lo condenó a la pena de 16 años de prisión y multa por el valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor de los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público.

En el mismo fallo condenó a WILSON MANUEL FUENTES PEREIRA a 7 años de prisión, multa por el valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 4 años, como cómplice de peculado por apropiación y autor de falsedad personal; y a JOSÉ ANTONIO PACHÓN PALACIOS, a 6 meses de arresto, multa por el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por 6 meses, como autor del delito de peculado culposo.

HECHOS

El 29 de diciembre de 1997, ORLANDO TRUJILLO SCARPETTA, jefe del grupo de cobro coactivo de la Superintendencia Bancaria, y JOSÉ ANTONIO PACHÓN PALACIOS, director jurídico de la entidad, ordenaron fraccionar el título judicial que por \$ 164.000.000 había depositado el Banco de la República en el Banco Popular, dentro del proceso de jurisdicción coactiva adelantado por la superintendencia contra la Corporación de Ahorro y Vivienda Corpavi.

Repartido ese valor en dos títulos por \$ 140.000.000 y \$ 24.000.000, el mismo día los doctores TRUJILLO y PACHÓN ordenaron pagar el segundo al señor WILSON MANUEL FUENTES PEREIRA. También el 7 de enero de 1998 otro título por valor de \$ 3.500.000 fue cancelado al señor FUENTES, por orden de los doctores TRUJILLO y PACHÓN.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 13 de marzo del 2000, un fiscal seccional de Bogotá formuló resolución acusatoria contra TRUJILLO SCARPETTA como autor de los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público; contra PACHÓN PALACIOS como autor de peculado culposo, y contra FUENTES PEREIRA como autor de falsedad personal y cómplice de peculado por apropiación. La resolución, impugnada por el defensor del señor TRUJILLO SCARPETTA, fue confirmada el 18 de mayo siguiente por un fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Mediante providencia del 5 de abril del 2002, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá absolvió de todos los cargos a los señores TRUJILLO y PACHÓN y declaró la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria, respecto del señor FUENTES. El fallo, apelado por la apoderada de la parte civil y por el fiscal, fue revocado el 20 de agosto siguiente por el Tribunal Superior de Bogotá en el sentido

que ya se dejó indicado.

LA DEMANDA

El defensor del doctor ORLANDO TRUJILLO SCARPETTA formuló tres cargos contra la sentencia de segunda instancia:

El primero, con apoyo en la causal tercera de casación, por violación del debido proceso porque el Ad quem no motivó debidamente el fallo.

El censor, para destacar la incoherencia, contradicción y ambigüedad que le reprocha a la sentencia, examinó separadamente cada uno de los argumentos, advirtiendo que no pretendía controvertirlos sino mostrar los yerros en que incurrió el Tribunal:

1. Al fundamento del fallo absolutorio relacionado con la ausencia de prueba que acreditara la amistad y connivencia entre TRUJILLO y FUENTES, el Ad quem adujo que no podía existir libertad en el ejercicio de la función pública sin los necesarios controles, diligencia y cuidado, lo que se traduce en el cumplimiento de los deberes del cargo. Afirmó que ello se relaciona con los artículos 122 y 209 de la Carta para estructurar tanto la culpabilidad como la responsabilidad, que se nutre -la primera- de los postulados de la buena fe y la confianza, concretados en fuente de principios o deberes generales de conducta “que imponen comportamientos negativos deshonestos o dolosos o, ya, excluyentes, genéricamente de culpa, en orden a evitar resultados lesivos de bienes jurídicos evitables”.

Si se pretendía desvirtuar la conclusión del A quo, el Tribunal debió demostrar que en el proceso sí obraba prueba de la relación existente entre los acusados. Si el propósito era sostener que para la determinación de la responsabilidad de éstos no era necesario acreditar esa relación, así debió decirlo expresamente en lugar de hacer

una exposición que no se refiere al asunto tratado.

2. A un segundo argumento, relacionado con el desorden administrativo de la dependencia y la ausencia de manual de funciones para los asuntos que atendía el doctor TRUJILLO SCARPETTA, el Tribunal respondió que precisamente por esa razón los procesados debían extremar el deber de cuidado que estaban obligados a observar en cada uno de sus actos, más todavía teniendo en cuenta el caos existente en la entidad, porque ese es el sentido y alcance de la función pública orientada por los principios de eficiencia, moralidad y celeridad que la caracterizan.

Si el A quo adujo que por no existir manual de funciones cada cual hacía lo que mejor le parecía acorde con los postulados de la buena fe, de manera que los yerros en que se incurriera o la diversidad de criterios no permitían predicar por sí mismos el delito de peculado por apropiación, por lo que la duda debía resolverse a favor del procesado, el Ad quem no podía argumentar que el señor TRUJILLO debió incrementar el deber de cuidado, porque como éste es un instituto en el que se funda el delito imprudente, resulta contradictorio que por no extremarlo -lo que implica reprocharle una omisión- se le impute un delito doloso.

3. Después de transcribir apartes de la sentencia de segundo grado en los que el fallador afirma que el estudio de la culpabilidad se debe abordar desde determinada concepción dogmática del derecho penal, el censor cuestionó que ese criterio deba tenerse por obligatorio y también que el análisis de unos hechos ocurridos en vigencia del anterior Código Penal debiera hacerse bajo los parámetros del nuevo, en particular de su artículo 9º., “que da entrada, justamente, a un nuevo concepto de imputación jurídica, en materia penal, concreción del injusto típico personal”, según dice el fallo recurrido.

Ninguno de los tres argumentos expuestos por el Tribunal, concluyó el libelista,

logra demostrar la certeza del hecho ni de la responsabilidad penal, de manera que se deben acoger sus pretensiones y, finalmente, confirmar la sentencia de primera instancia.

El segundo cargo lo formuló con apoyo en la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial al apreciar erradamente el fallador las pruebas recaudadas, desconociendo el principio del in dubio pro reo.

En desarrollo de la censura, luego de reproducir apartes de los fallos de primera instancia -sobre la duda probatoria- y de segunda -que reprocha esa conclusión- y de exponer sus criterios sobre la necesidad de la prueba que permita arribar a la certeza sobre la responsabilidad, el casacionista afirmó que el Ad quem tergiversó el contenido de los medios de convicción para atribuirles un mérito que no tienen, violando los principios de la sana crítica en la valoración de la prueba.

En ese sentido, el Tribunal desconoció el principio de contradicción pues a una sola confesión vertida en un único proceso respecto de unos mismos hechos, íntimamente relacionados entre sí por formar una unidad concursal delictiva, indistintamente le dio y le negó validez.

Lo que debió hacer el fallador, dijo, era examinar las hipótesis que descartaban la responsabilidad del procesado, más aún si quien lo planteaba era el juez de primer grado. No podía el Tribunal asumir una posición en abstracto, sino precisar si la única tesis que se derivaba de los hechos investigados era la expuesta en la acusación o podía ser otra distinta, como que TRUJILLO hubiese sido instrumento de un experto estafador.

Sobre el punto, anotó que existen por lo menos dos hipótesis invalidantes: que TRUJILLO SCARPETTA haya sido engañado por FUENTES PEREIRA, reconocido delincuente condenado por falsedad en este proceso, o que del actuar culposos de aquél se hubiesen aprovechado otros de los procesados para ejecutar el delito. Luego de examinar ambas

opciones el censor se refirió a la trascendencia del error, para concluir que si el Ad quem hubiese valorado integralmente las pruebas y hubiese reconocido que no existía mérito para condenar, necesariamente habría tenido que reconocer el in dubio pro reo y, en consecuencia, confirmar el fallo impugnado. Así, en criterio del recurrente, debe proveer la Sala, previa casación de la sentencia de segunda instancia.

El tercer cargo lo presentó invocando el cuerpo primero de la causal primera de casación, es decir, la violación directa de la ley sustancial por aplicación errónea del artículo 133 del Código Penal de 1980 y falta de aplicación adecuada de la misma norma.

El yerro radica en que, contrariamente a lo expresado en el fallo, el inciso 3º. del citado artículo 133 no establece una pena mínima de 12 años, sino que permite incrementar hasta la mitad la prevista en el inciso 1º. Por lo tanto, si la pena mínima para el tipo básico es de 6 años, lo que el último inciso ordena es que se aumente desde un día hasta 3 años, de manera que el límite máximo de la sanción es de 9 años.

En consecuencia, si el Ad quem argumentó que por no concurrir circunstancias de agravación debía aplicarse el mínimo, la pena no podría ser superior a 6 años y 1 día para el peculado por apropiación.

Por lo tanto, concluyó el demandante, se debe casar la sentencia recurrida y en su lugar redosificar la sanción, aplicando correctamente lo previsto en el tercer inciso del artículo 133 del Decreto 100 de 1980.

ESTUDIO DEL NO RECURRENTE

Dentro del término concedido a los no recurrentes para pronunciarse sobre la demanda de casación, la apoderada de la parte civil presentó un estudio en el que se opone a las pretensiones principal y primera subsidiaria del impugnante, admitiendo respecto de la segunda subsidiaria que se respete el principio de estricta legalidad,

aunque resaltando que no se puede reclamar a un tiempo la falta de aplicación y la aplicación indebida de un mismo precepto legal.

Sobre el primer cargo, expuso:

1. La sentencia de segunda instancia sólo puede pronunciarse sobre los temas materia de impugnación.

2. Las apelaciones de la fiscalía y la parte civil se centraron en los tres temas principales que el A quo invocó para absolver al procesado, esto es, i) la inexistencia de vínculo de amistad o de conocimiento personal entre TRUJILLO SCARPETTA y FUENTES PEREIRA, ii) la falta del manual de funciones y iii) el presunto desgreño administrativo en el grupo de cobro coactivo.

3. Sobre el primer aspecto, el fallo de segunda instancia destacó los argumentos expuestos por la parte civil, haciéndolos suyos. Por lo tanto, no es cierto que el razonamiento del Tribunal no tuviera relación con el asunto controvertido, porque los planteamientos que dijo compartir expresaban que no era necesario demostrar vínculo de amistad entre ambos procesados por cuanto el delito imputado puede ejecutarse tanto en provecho del servidor público como de un tercero, de manera que la ausencia de prueba sobre ese tópico no desvirtuaba la comisión del ilícito ni la participación de los sindicados.

4. Respecto de la falta del manual de funciones, el Ad quem planteó que esto hacía más exigente el deber de cuidado en cada uno de los actos administrativos expedidos por el doctor TRUJILLO, expresión ésta, “deber de cuidado”, que el casacionista reprocha porque hace relación a un instituto en que se funda el delito imprudente, por lo que la argumentación del Tribunal sería contradictoria.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la referencia al deber de cuidado surge de

la misma sustentación ofrecida por la parte civil, en su propósito de demostrar la falta de valoración del A quo de la conducta del procesado, “quien teniendo a su cargo la custodia y conservación física de los títulos judiciales y la disposición regular de los valores representados en los mismos, faltó al deber de cuidado, dada su participación directa y evidente en la utilización y pago irregular de los títulos”.

Por lo tanto, cuando el Tribunal aludió a ese concepto, no lo hizo para restarle el carácter doloso al peculado sino para resaltar que la inexistencia del manual de funciones no podía impedir la declaratoria de responsabilidad.

5. Con relación al segundo cargo, afirmó que de acuerdo con alguna decisión de la Sala de Casación Penal, cuando el demandante reprocha el tratamiento impartido por el juzgador al principio de duda, debe demostrar que en la sentencia se reconoce formalmente su presencia pero sin embargo condena. En este caso, agregó, el Tribunal nunca reconoció la existencia de incertidumbre sino que, por el contrario, valoró la totalidad de las pruebas, las apreció en conjunto y destacó los testimonios que citó en la providencia, al igual que los indicios derivados del comportamiento del procesado frente a los trámites relacionados con el fraccionamiento y la entrega de los títulos.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Respecto del primer cargo, el señor Procurador Primero Delegado para la Casación Penal opina que debe prosperar porque la motivación confusa, incoherente y de difícil comprensión del fallo de segunda instancia, impiden hallar las razones en que se apoyó el Tribunal para declarar la responsabilidad del doctor TRUJILLO por los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción.

Sobre los tres temas debatidos por el demandante en esta sede, dijo:

1. Con relación a la ausencia de prueba que acredite la amistad entre TRUJILLO y FUENTES, la acusación es parcialmente cierta porque la respuesta del Tribunal fue clara y coherente, pues aunque en principio no desarrolló el punto sino que se refirió a la inexistencia del manual de funciones, más adelante, al examinar los argumentos de la parte civil, lo trató de manera adecuada.

2. Resulta contradictorio que el Ad quem afirme que el procesado debió extremar el deber de cuidado en el cumplimiento de sus funciones porque de haberlo hecho se habría evitado el comportamiento antijurídico -lo que implicaría hacerlo responsable de una conducta por omisión al infringir el deber objetivo de cuidado- y al mismo tiempo acoja la adecuación típica de los delitos dolosos.

Ese desacierto, añade, se evidencia cuando al examinar la conducta de PACHÓN PALACIOS, acusado por peculado culposo, expone de nuevo los planteamientos sobre el deber de cuidado, ahora sí aplicables al punible imputado.

Para el Delegado, el recurrente tiene razón en la crítica sobre la falta de claridad del fallo, su insuficiente motivación en algunos puntos y las contradicciones en que incurre. A los señores TRUJILLO y PACHÓN se les hubiese podido reprochar la infracción al deber objetivo de cuidado o el incumplimiento de sus funciones siempre que se les hubiese acusado por peculado culposo, lo que sólo ocurrió respecto del segundo. Por lo tanto, es desacertado y ambivalente dar un tratamiento similar a las dos formas de culpabilidad, como lo hizo el Tribunal, en una inaceptable motivación conjunta que no podía hacer, porque los temas individuales no se asimilaban. Si estimaba que la conducta imputada al señor TRUJILLO se adecuaba al peculado culposo, así debió declararlo expresamente y proferir condena por ese delito como lo ha aceptado la Corte, dada la degradación de los cargos, sin que resulte comprometida la consonancia entre acusación y sentencia.

Concluye el representante del ministerio público que respecto del peculado por apropiación la motivación fue contradictoria y, en consecuencia, solicita se declare la nulidad por violación del debido proceso como lo pide el demandante.

El segundo reproche carece de fundamento y no puede prosperar, porque la sentencia no alude a ninguna situación que generara duda. El censor no señaló en qué consistió la tergiversación de las pruebas ni demostró la violación de las reglas de la sana crítica, equivocando también la vía del cargo, que debió presentarlo entonces como error por falso raciocinio con indicación de los principios de la lógica, la ciencia o la experiencia que fueron transgredidos. A cambio de ello, se limitó a resaltar contradicciones e incongruencias aun respecto del tema de indicios, inadecuadamente tratado.

La tercera censura debe acogerse a pesar de la formulación contradictoria que implica reprochar al tiempo aplicación errónea y falta de aplicación de una misma norma, pues logra entenderse que se refiere a la primera modalidad porque se seleccionó correctamente la disposición, pero se le asignaron efectos contrarios a los que ella prevé.

“La interpretación adecuada de la norma, dice el Delegado refiriéndose al artículo 133 del anterior Código Penal, es la de sumar el término de tres años como mitad del mínimo establecido, para identificar un término de nueve años, a partir del cual se contabilizaría la pena mínima en este caso, y no los 12 años señalados”.

Por esta razón, concluye, la demanda debe prosperar.

Adicionalmente, el ministerio público solicita la casación oficiosa a favor del procesado PACHÓN PALACIOS, condenado a seis meses de arresto, porque el nuevo Código Penal abolió esa especie de sanción. En consecuencia, por favorabilidad, “se le debe imponer únicamente la pena principal de multa y la interdicción de derechos y funciones públicas señalada en el original artículo 137 del Código Penal de 1.980, que era

el que se encontraba vigente cuando se cometió la conducta punible juzgada en este proceso”.

También se debe adicionar a la pena accesoria que se le impuso a todos los procesados la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas en los términos previstos en el artículo 122 de la [Constitución Política](#), pues aunque el peculado está incluido en el título de los delitos contra la administración pública, no hay duda que afecta el patrimonio público, como lo ha reconocido la Corte.

CONSIDERACIONES

El primer cargo no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

De manera reiterada, ha dicho la Sala que los defectos de motivación de la sentencia, con efectos invalidantes, pueden consistir en:

- i) Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan el fallo.
- ii) Motivación incompleta o deficiente, que ocurre cuando la precaria sustentación impide saber cuál es el sustento de la decisión o no analiza sus fundamentos fácticos o jurídicos.
- iii) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente, cuando la providencia contiene conceptos o argumentos que se excluyen entre sí, de manera que finalmente se ignora el sentido de la motivación, o cuando las razones expuestas en la parte motiva no explican la decisión contenida en la resolutive.
- iv) Motivación sofística, aparente o falsa, cuando no está respaldada en la verdad probada en el proceso.

En este caso el censor reprocha –y la crítica halla eco en el Procurador Delegado- que la motivación ambigua, incoherente, contradictoria, confusa del fallo de segunda instancia, no permite conocer las razones por las cuales el Ad quem revocó la sentencia de primer grado y declaró la responsabilidad del señor TRUJILLO SCARPETTA, pues repetidamente alude a conceptos propios de la culpabilidad por culpa para terminar condenándolo por peculado doloso.

Con el propósito de verificar la procedencia del cargo, dígase inicialmente que, examinada la estructura de la sentencia, se aprecia que en su parte considerativa el fallador se ocupó esencialmente de cuatro temas: i) el resumen de los cargos que fueron imputados a los procesados en la resolución acusatoria; ii) el “análisis y confrontación” de “los núcleos del razonamiento expuesto por el Juzgado para fundamentar la decisión apelada”; iii) la respuesta a “las consideraciones formuladas por la defensa” y, iv) la dosificación punitiva.

De ellos, sólo el segundo trata de la responsabilidad del doctor TRUJILLO SCARPETTA, pues el primero es de mera reseña, el tercero se refiere únicamente al coprocesado PACHÓN PALACIOS y el último es corolario de la decisión de condenar.

Para determinar si en realidad el fallo, escrito en efecto en un lenguaje a veces confuso y cargado de conceptos que en aras de la claridad no era necesario expresar, es incomprensible, resulta conveniente realizar un ejercicio inicial de reconstrucción de la argumentación, que permita destacar los diversos temas a que aludió el Tribunal en los doce numerales del ordinal segundo.

Así, después de resumir las razones que tuvo el juzgado para absolver al doctor TRUJILLO, que en síntesis consisten en no haber encontrado prueba que demostrara la amistad y connivencia de éste con FUENTES PEREIRA, la inexistencia en el Grupo de Cobro Coactivo de un manual específico de funciones y el hecho de que no sólo era admisible el

fraccionamiento de títulos judiciales sino también el cruce de cuentas entre diversos procesos a cargo de un mismo ejecutado, dijo el Ad quem:

1. Los servidores públicos responden por violación de la Constitución y la Ley y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Por eso se deben tener en cuenta los artículos 122 y 209 constitucionales para estructurar la culpabilidad, que se nutre de los postulados de la buena fe y de la confianza, generadores de deberes de conducta.

2. A la luz de esos principios y de las previsiones del artículo 2º. de la Carta, los jueces deben interpretar los artículos 9 a 12 del Código Penal.

3. Sobre la culpabilidad del doctor TRUJILLO, se observa:

a) No existía manual de funciones, por lo que debía extremar el deber de cuidado en los actos administrativos.

b) Se debe tener en cuenta el riesgo creado en la dependencia oficial ante la anarquía funcional, “el cual se incrementó con la tramitación administrativa cumplida por Trujillo y Pachón Palacios”, que no estaba ajustada a “los parámetros de normalidad y regularidad”.

4. Si bien a lo imposible nadie está obligado, si estos implicados hubieran actuado ceñidos a la buena fe, a los postulados de la confianza y del deber objetivo de cuidado, “necesariamente el hecho antijurídico de base (peculado) se hubiese evitado”; pero los testimonios e indicios muestran que el desorden estaba dirigido “a crear las condiciones propias para la realización del hecho y de su impunidad”.

5. La valoración debe hacerse a la luz del artículo 9º. del Código Penal, que

consagra la postura actual de la disciplina penal, “centrada en la concepción normativa, anticausalista, propia de la imputación al tipo objetivo”, no desde un derecho penal abstracto-formal y lineal que permite justificar cualquier adefesio o irracionalidad, como ocurrió en este caso.

6. Dos datos, relacionados con el comportamiento del doctor TRUJILLO, permiten darle más solidez a lo dicho:

a) “... su desempeño frente a los trámites y resultados obtenidos en los procesos examinados en la Resolución Acusatoria, atrás referenciados y explicitados a folios 47 ss de dicha Resolución, de suyo elocuente a nivel indiciario y no contradichos o desvirtuados en el decurso posterior del proceso”.

b) La sombra que sobre la transparencia de su actuación tienden los testigos Chiquinquirá Corredor, Rincón Rodríguez y Daza Brocca -reexaminados por la fiscalía en segunda instancia (fl. 16 del cuaderno original No. 3) y no desvirtuados- máxime que el procesado debía conocer las normas a las que tenía que ajustarse en el cumplimiento de sus funciones, lo cual se agrava si se advierte que las providencias en las que se sustentaba la disponibilidad de los títulos fueron dictadas a posteriori.

Esto refuerza la conclusión que la fiscalía expuso en la resolución acusatoria sobre la empresa criminal formada para el caso, que pretendía escudarse en el caos funcional, situación que el A quo aprovechó para sustentar su reprochable fallo, desconociendo la experiencia criminológica -a la que debía acudir por remisión del artículo 23 del estatuto procesal- según la cual esas “situaciones funcionales irregulares son, precisamente, o preordenadas o aprovechadas, como factores predisponentes y desencadenantes de ilícitos, como el perpetrado”.

7. El Tribunal comparte “las atinadas, puntuales y lógicas deducciones expuestas por la parte civil en su analítico y ponderado análisis del hecho investigado; de sus

antecedentes y circunstancias concomitantes, tendientes a demostrar, con *sindéresis* procesal-probatoria y apoyada, al mismo tiempo, en la naturaleza de los hechos, el dolo que animó, repítase, el comportamiento de Trujillo Scarpetta y su convergencia psicológica con Fuentes Pereira, ducho y experimentado en esta clase y modalidades de ilícitos; de ahí la oportunidad claramente constituida y aprovechada por aquél, pues esta clase de delitos no se da al azar, tal como lo evidencian los citados estudios empíricos de la criminología, lo que viene a explicar la “participación directa y evidente en la utilización y el pago irregular de los títulos”, en los términos concretos que dicha parte recurrente expone irrefutablemente, a folio 28 ib.”.

8. No existe prueba que neutralice la grave serie indiciaria acumulada contra el doctor TRUJILLO en el curso del proceso.

9. Recapitulando, las deducciones, inferencias y consideraciones expuestas en el fallo de primer grado a partir del folio 312, son subjetivas, arbitrarias y parcializadas, ajenas al plexo axiológico-político-cultural recogido en la Constitución y a la lógica material contenida en el proceso.

10. Como respaldo de lo anterior, basta examinar lo relativo al fraccionamiento de títulos a la luz de lo afirmado por la parte civil ante la carencia de “antecedentes o soportes que justificaran dichos pagos...”, pues no puede invocarse libertad funcional de determinación del procesado sin que al tiempo se le exija responsabilidad en la toma de decisiones.

“Es aquí donde el principio de confianza, atrás aludido, cobra, hoy más que nunca, plena virtualidad y sentido y el concepto de imputación objetiva, regido de la mano del incremento del riesgo (máxime cuando se ha aprovechado del mismo, ante el presunto caos planteado irreflexiva y gratuitamente por el Juzgado), como elemento nuclear de dicho concepto, de la mano de la aludida vigencia de la

norma. Y, repítese, del concepto de evitabilidad en que, en última instancia, se centra la naturaleza del delito”.

11. Aun admitiendo la anarquía administrativa, ella no exime de responsabilidad al procesado, quien con mayor razón estaba obligado a corregir y controlar ese estado de cosas y a extremar su previsión, cautela y prudencia “con las medidas de control pertinentes (...) encaminadas a evitar hechos irregulares o dolosos, como los efectivamente causados”.

12. En resumen, el motivo de la acusación permanece incólume.

Qué es, entonces, finalmente, lo que ha dicho el Tribunal respecto de la responsabilidad del doctor TRUJILLO SCARPETTA?

1. Que si no existe manual de funciones y hay caos administrativo, se debe ser más cuidadoso para evitar que se produzcan hechos ilícitos.

2. Que los testimonios e indicios muestran que el desorden estaba dirigido a crear las condiciones propicias para la realización del hecho y asegurar su impunidad.

3. Que a la demostración de la responsabilidad del doctor TRUJILLO confluyen los indicios que se derivan de su desempeño frente a los trámites y a los resultados de los procesos que se revisaron en la resolución acusatoria, específicamente a partir del folio 47, y los testimonios de Chiquinquirá Corredor, Rincón Rodríguez y Daza Brocca, examinados por la fiscalía delegada ante el Tribunal a folios 16 del cuaderno No. 3, destacándose que los actos que ordenaban el pago de los títulos fueron dictados con posterioridad al cobro, lo que refuerza lo consignado en el pliego de cargos sobre la empresa criminal conformada para cometer los delitos, escudada en un caos funcional preordenado o aprovechado para perpetrarlo.

4. Que comparte en su integridad el análisis que en la apelación hizo la parte civil sobre los antecedentes y circunstancias concomitantes de los hechos investigados para demostrar el dolo que animó el comportamiento de TRUJILLO y su convergencia con FUENTES, persona experimentada en esta clase de ilícitos. Al efecto, remite a los argumentos consignados por el recurrente a folios 28.

5. Que para concluir que el fallo de primer grado es subjetivo, arbitrario y parcializado, basta examinar lo dicho por la parte civil con relación al fraccionamiento de títulos y la carencia de soportes que justificaran el pago.

6. Que el motivo de la acusación permanece incólume.

Estas conclusiones, así dichas, podrían carecer de significado para alguien ajeno al proceso, que desconozca el contenido de la acusación y los temas que se discutieron en el juicio, pero no para quien precisamente ha estado involucrado en el debate y sabe con exactitud a que se refiere o que implicaciones tiene aludir a los medios de convicción valorados por la fiscalía o a los argumentos expuestos por la parte civil.

Así, cuando el Tribunal sostiene que la prueba indiciaria y testimonial permite concluir que el desorden administrativo fue generado o aprovechado por el procesado para cometer el delito y asegurar su impunidad y remite a la valoración y al análisis consignados en los cargos, cuyos fundamentos estima “incólumes”, o cuando alude al estudio del recurrente sobre las circunstancias que acreditan el actuar doloso de TRUJILLO y su confabulación con FUENTES, calificando sus deducciones como “atinadas, puntuales y lógicas”, los sujetos procesales conocen con exactitud a que se está refiriendo el Ad quem, y, en esa medida, igualmente entienden que

comentarios marginales sobre el deber de cuidado, el incremento del riesgo o la evitabilidad del resultado no son de la esencia del razonamiento ni intentan sustentar una responsabilidad por culpa, sino que pretenden enfrentar la excusa, admitida por el A quo, de que los hechos se produjeron por la desorganización y la ausencia de manual de funciones.

Dicho en otros términos, la explicación del juez de primera instancia que atribuyó la ocurrencia del hecho al caos administrativo que se presentaba, es rechazada por el de segundo grado que afirma la exigencia de mayor responsabilidad al jefe de la dependencia, no para decir que su actuar fue culposos, sino para señalar lo inadmisibles de la justificación. Así, un argumento complejo que tiene por inaceptable la excusa del desorden esgrimida por quien tenía la obligación funcional de imponerlo para evitar resultados lesivos a la entidad, y que al mismo tiempo le imputa la generación de ese estado de cosas o su aprovechamiento para apropiarse de recursos en beneficio propio o de terceros, no puede ser rechazado por contradictorio.

Apreciadas en conjunto las razones del Tribunal y las que, ofrecidas por la fiscalía en la acusación y por la parte civil en su estudio impugnatorio, señaló el fallador de manera expresa, prohijándolas e incorporándolas a su propio razonamiento, el cargo se desvanece para tornarse impróspero.

En este sentido, aunque para mayor claridad hubiera sido deseable que el Tribunal hubiese asumido por inclusión y no por remisión los análisis a los que alude, basta hacer un simple ejercicio integrador de los tres textos, guiado por las referencias del Ad quem, para entender el fundamento del fallo condenatorio a partir de la reseña que en el pliego de cargos se hace de i) los procesos de jurisdicción coactiva adelantados por el correspondiente grupo de la Superintendencia Bancaria, estudio que pone en evidencia el indebido fraccionamiento de un título por valor de \$ 164.000.000 y las ilegales órdenes de pago que se emitieron a favor del señor WILSON FUENTES PEREIRA,

así como de ii) los testimonios de Gloria Chiquinquirá, quien encontró las irregularidades y destacó que no existía resolución que ordenara el fraccionamiento ni copia del poder supuestamente presentado por FUENTES, documentos que TRUJILLO prometió entregar; y de Enrique Daza Brocca y Julio Alberto Rincón Rodríguez, quienes informaron que el procesado les manifestó que tenía esos soportes en su residencia. La valoración que de estos testimonios, que fueron cuestionados por la defensa en la impugnación del vocatorio a juicio, hizo la fiscalía Ad quem para confirmar la resolución, fue igualmente incorporada por el Tribunal en el fallo recurrido.

Por último, si el Tribunal asumió como propio el estudio que hizo la parte civil sobre las circunstancias antecedentes y concomitantes que acreditaban la conducta dolosa del doctor TRUJILLO SCARPETTA, para la cabal comprensión de la providencia impugnada bastaría integrarlo en la lectura del fallo, y tener como parte esencial del análisis probatorio efectuado en la sentencia las valoraciones a las que expresamente remitió el Ad quem, como esta:

“En efecto, las pruebas que seguidamente se analizan demuestran que Trujillo Scarpetta, al momento de suscribir las órdenes de pago de los títulos judiciales objeto de enjuiciamiento, actuó de manera voluntaria y su proceder inequívocamente estaba encaminado a que ese tercero Wilson Fuentes obtuviera un incremento patrimonial no justificado. Veamos:

“En relación con los actos previos para que se hicieran efectivos dichos pagos, las pruebas son coincidentes en demostrar que a pesar de existir al interior del Grupo de Cobro Coactivo de la Superintendencia Bancaria un funcionario con funciones secretariales, que en principio debió ser la persona que atendiera a Fuentes Pereira en las tres oportunidades y en representación de tres entidades diferentes para la entrega de los títulos, éste fue atendido en las tres oportunidades de manera exclusiva por Trujillo Scarpetta, quien además de encargarse de la verificación de los poderes

presentados para el efecto, personalmente se encargó de elaborar las órdenes de pago, de obtener la firma del Director Jurídico que avalara los endosos de dichos títulos y las respectivas órdenes de pago, de radicar los mencionados oficios y retirarlos del Grupo de Correspondencia, tal y como se advierte de las planillas de entrega de los días 29 de diciembre de 1997 y 7 de enero de 1998.”

“En relación con la confirmación de las órdenes de pago de los referidos títulos, destaco lo expuesto por Aurelio Pinilla Reyes, Jefe de Operaciones del Banco Popular, quien en diligencia realizada el 17 de marzo de 1999, al ser indagado en ese sentido manifestó:

“(…) ese día estuvo en la oficina del Banco el doctor ORLANDO TRUJILLO quien de manera personal confirma el pago del título judicial de 24 millones de pesos estampando al respaldo del mismo título su firma y sello registrado con la expresión confirmado” (negrillas mías)”.

“En cuanto a la regularidad de la confirmación personal de las órdenes de pago por parte del Orlando Trujillo, a renglón seguido manifestó:

““Que me acuerde no era costumbre, (...) Supongo que él fue a mi oficina con el propósito de confirmar el pago del título judicial de 24 millones pero revisando los folios 6 y 7 se establece que él solicita la conversión según el folio 6 del título de 164 millones en dos, uno por 140 millones y otro por 24 millones, títulos que le son entregados al doctor Orlando Trujillo” (negrillas nuestras”.

(...)

“Se precisa, además, que 21 días después de haberse efectuado el pago, se profirió por parte de Trujillo Scarpetta decisión definitiva, en la que no se hizo alusión al título por valor de \$ 24.000.000.00, sino que el fallo sólo se refería al título por valor de \$ 164.000.000.00, es decir, como si no se hubiera ordenado su fraccionamiento.”

“Las anteriores circunstancias, contrario a lo afirmado por el juez en el fallo que se recurre, no pueden ser consideradas como simples “errores”, pues no son más que la expresión o manifestación de la voluntad de obtener efectivamente a favor de ese tercero el pago, además de la demostración de su propósito posterior de ocultar el pago con un auto que no consultaba la realidad de lo ordenado.”

Reflexiones semejantes hizo el mismo sujeto procesal con relación a la ilegalidad de los demás pagos, anotando a modo de introducción que

“... se aprecia en el fallo que éstos no fueron objeto de análisis, no obstante existir dentro del expediente suficientes elementos que de manera contundente demostraban el propósito de Trujillo Scarpetta de que se hicieran efectivos dichos pagos a favor del tercero Fuentes Pereira y de no dejar la menor evidencia de la ocurrencia de los mismos en los expedientes respectivos”,

estudio al que luego se aplica y que, para los efectos de esta providencia, resulta innecesario reproducir pues, con lo dicho, aparece evidente que el cargo se debe desestimar.

Tampoco está llamada a prosperar la segunda censura, porque el demandante, en lugar de señalar los errores de hecho que dijo cometió el Tribunal en la valoración de la prueba, simplemente se dedicó a confrontar la sentencia impugnada con la de primera instancia, para reivindicar como más sólidos los argumentos contenidos en ésta y reprocharle a aquélla no haberlos desvirtuado.

Por eso, después de transcribir y respaldar las conclusiones del fallo absolutorio que “en forma por demás acertada decide reconocer la existencia de duda razonable”, sostuvo el libelista que el error se concretó “en la contrapuesta posición del ad-quem a este respecto”, lamentando que no se hubiera ocupado de “examinar las posibles hipótesis invalidantes” que permitirían tener al doctor TRUJILLO como instrumento o

víctima de un hábil estafador, tarea que entonces emprendió el demandante con total desapego de la técnica que orienta el recurso, que le imponía demostrar los errores trascendentes que hubiere cometido el Tribunal en la apreciación probatoria.

El tercer cargo, en cambio, pese a la inadecuada enunciación que revela el hecho de plantear al tiempo falta de aplicación y aplicación errónea de una misma norma, pues se trata de conceptos que se excluyen, merece ser acogido porque en realidad el Tribunal se equivocó en la interpretación del artículo 133 del Código Penal que regía para la fecha de comisión de las conductas punibles.

Así razonó el Ad quem para determinar la pena que debía imponérsele al doctor TRUJILLO SCARPETTA:

“Que al imputado Trujillo Scarpetta se le atribuyen los delitos de Peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo, y en concurso heterogéneo con los punibles de Prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, previstos en los Arts. 133, 149 y 219, respectivamente, del anterior C. Penal y, atendiendo, además, los parámetros para fijar la pena y la aplicación de los mínimos y máximos de que tratan los artículos 61 y 67 del extinto estatuto punitivo, aplicable en este caso, por favorabilidad, ha de afirmarse, que como quiera que no concurren circunstancias modificadoras, debe partirse de la pena mínima establecida en el inciso 3º del Art. 133 citado, es decir, de doce (12) años de prisión, por cuanto el valor de lo apropiado (\$ 60'133.259.00) supera los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, guarismo que, a su vez, se incrementa en cuatro (4) años, habida cuenta del concurso de hechos punibles (Art. 26 C.P.), para un total final de pena a imponer al aludido procesado de dieciséis (16) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas por diez años”.

Sin embargo, el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 18

y 19 de la Ley 190 de 1995, disponía:

“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 (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (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 (1/2)”.

Esto significa que cuando el valor de lo apropiado supera el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales, como la pena se aumenta hasta en una proporción, que “se aplicará al máximo de la infracción básica” (artículo 60-2 de la Ley 599 del 2000) aquella oscilará entre 6 y 22.5 años. Por lo tanto, la pena mínima que para el peculado por apropiación dijo el Ad quem debía imponerse por no concurrir circunstancias modificadoras, es de 6 años, no de 12 años como lo dispuso equivocadamente el Tribunal, ni de 9 como lo afirmó el Delegado.

Para respetar los parámetros fijados en el fallo impugnado, por el concurso de hechos punibles se debe adicionar la pena en el mismo porcentaje que tuvo en cuenta el Ad quem, equivalente a la tercera parte de la señalada para el delito base. Así, a los 6 años se deben sumar 2 años por este concepto, para un total de 8 años de prisión; término idéntico al de la suspensión de derechos ciudadanos, porque respecto de la interdicción de funciones públicas deberá estarse, como lo sugiere el Delegado y enseguida se dispondrá, a lo que ordena el artículo 122 de la [Constitución Política](#).

Casación oficiosa.

Acertados los reparos del Ministerio Público en cuanto a la pena de arresto impuesta al coprocesado JOSÉ ANTONIO PACHÓN PALACIOS y a la aplicación de la inhabilidad intemporal prevista en el artículo 122 de la Carta que el Tribunal omitió deducir, la Sala casará de oficio en esos dos aspectos la sentencia de segunda instancia. También en cuanto a la dosificación punitiva relacionada con el señor WILSON MANUEL FUENTES PEREIRA, tarea en la que el Tribunal incurrió en el mismo yerro de interpretación del artículo 133 del anterior Código Penal.

En consecuencia:

1. Siguiendo las directrices trazadas en el fallo, la mitad del mínimo a que se hizo acreedor el señor FUENTES PEREIRA como cómplice del delito de peculado por apropiación asciende a 3 años de prisión. Por el concurso con la falsedad personal, que le significó el aumento de un año, mínimo previsto para esa ilicitud en el anterior estatuto, se aplicará por favorabilidad el nuevo código, que consagró únicamente pena de multa.

Por lo tanto, concurrente la sanción pecuniaria con la deducida en el fallo como acompañante de la pena privativa de libertad (artículo 39-4 del Código Penal), al señor FUENTES se le impondrán 3 años de prisión, multas por valor de un salario mínimo legal mensual y por el equivalente a la mitad de la suma apropiada e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la prisión.

2. El Código Penal anterior sancionaba el peculado culposo con pena de arresto, modalidad de privación de libertad que fue suprimida por la Ley 599 del 2000 que, sin embargo, fijó para ese delito pena de prisión.

Al examinar la variación legislativa desde la perspectiva de la favorabilidad, la Corte ha sostenido que en estos casos, de acuerdo con una interpretación sistemática,

“... tanto la pena de arresto como la de prisión resultan inaplicables, la primera, porque desapareció como tal del listado punitivo, y en este sentido, es favorable su retroactividad para todos aquellos delitos sancionados con arresto y, la segunda, porque, por desfavorable, sólo tiene aplicación para hechos cometidos a partir de su vigencia que, por tanto, no cobija la conducta aquí juzgada”. (Sentencia del 13 de agosto del 2003, radicado 20.946, M. P. Herman Galán Castellanos).

En consecuencia, como por lo dicho no hay lugar a imponer pena privativa de la libertad al señor JOSÉ ANTONIO PACHÓN PALACIOS, la Sala casará de oficio el fallo de segunda instancia para retirar ese extremo de la sanción, que quedará reducida entonces, según se dedujo en la sentencia que se revisa, a multa por valor equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 6 meses.

3. El inciso 5º. del artículo 122 de la [Constitución Política](#), antes de ser subrogado por el Acto Legislativo 01 del 2004, disponía:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”.

Precisando el alcance de la norma, el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley 734 del 2002 señaló:

“Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio

público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

“Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado”.

Reivindicando la facultad del legislador para desarrollar y concretar los textos constitucionales, la Corte Constitucional, en la sentencia C-064 del 4 de febrero del 2003, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería, declaró la exequibilidad condicionada del precepto “en el entendido de que respecto a las conductas culposas se aplicarán las inhabilidades previstas en la ley”.

Tratándose de una inhabilidad, es decir, de una situación que le impide a una persona ejercer, obtener o conservar un empleo, oficio, cargo o ventaja, bien podría sostenerse que opera de pleno derecho, con la sola condición de que, como lo precisa la Ley 734 del 2002, el supuesto fáctico –que la conducta objeto de sentencia condenatoria constituya un delito doloso contra el patrimonio del Estado- se haga explícito en el fallo que declara la responsabilidad penal.

En este sentido, para la aplicación de esa restricción sería irrelevante que la consecuencia del comportamiento ilícito –la inhabilidad intemporal- se expresara o no en la correspondiente sentencia, pues en todo caso “el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas” como reza, se repite, la norma que se comenta.

Que la circunstancia impeditiva opere de pleno derecho, implica que rige aunque no se declare. Hacerla expresa en este caso, en el que el señor TRUJILLO SCARPETTA ha sido condenado por delitos dolosos contra el patrimonio del Estado, no significa entonces agravar su situación sino ponerla de manifiesto, de manera que no podrá

afirmarse que respecto del recurrente único se ha desconocido la prohibición de reforma peyorativa.

Y como obviamente sería absurdo que concurriera la pena de interdicción de funciones públicas con la inhabilidad intemporal a que se viene haciendo referencia, la Corte retirará del fallo de segunda instancia ese extremo de la sanción y, en su lugar, declarará que rige respecto del señor TRUJILLO la circunstancia impeditiva del inciso final del artículo 122 de la Carta Política.

Que la prohibición se aplique sólo a servidores públicos que cometan delitos dolosos contra el patrimonio del Estado, explica por qué la Corte no la hará extensiva al señor PACHÓN, condenado por peculado culposo, ni al señor FUENTES, quien no ostentaba aquella calidad, como equivocadamente lo solicitó el señor Procurador Delegado.

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

RESUELVE

1. Casar parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de agosto del 2002 y, en su lugar, condenar al doctor ORLANDO TRUJILLO SCARPETTA a la pena de ocho (8) años de prisión, multa por el valor de lo apropiado, interdicción de derechos por el mismo término de la pena privativa de libertad e inhabilidad permanente para el ejercicio de funciones públicas, como autor de los delitos de peculado por apropiación, prevaricato y falsedad ideológica en documento público.
2. Casar parcial y oficiosamente la aludida sentencia con relación a los coprocesados WILSON MANUEL FUENTES PEREIRA y JOSÉ ANTONIO PACHÓN PALACIOS.

Como consecuencia de esta decisión, se dispone:

- a. Condenar al señor FUENTES PEREIRA a la pena de tres (3) años de prisión, multas por valor de un salario mínimo legal mensual y por el equivalente a la mitad de la suma apropiada e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de libertad, como cómplice del delito de peculado por apropiación y autor del delito de falsedad personal.
- b. Condenar al señor PACHÓN PALACIOS a la pena de multa por valor equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época de los hechos e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de seis (6) meses, como autor del delito de peculado culposo.

En lo demás, rige el fallo de segunda instancia.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria