

Proceso No 22220

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 67

Bogotá, D. C., once de agosto de dos mil cuatro.

VISTOS

Por razón del recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor técnico de la procesada VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA, ex Fiscal Sexta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Barranquilla, conoce la Sala de la sentencia fechada el 24 de febrero de 2004, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, por cuyo medio se condena a la acusada a la pena principal de veinte (20) meses de prisión, multa por la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, a título de autora del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ANTECEDENTES

1. Mediante oficio No. 617 de septiembre 9 de 1998, la Coordinadora de la Unidad Tercera Seccional de Fiscalías de Barranquilla puso en conocimiento de su Directora Seccional, un sinnúmero de irregularidades detectadas en el curso del inventario físico realizado en el despacho de la Fiscalía Sexta adscrita a la Unidad Especializada de Ley 30

de 1986, entonces a cargo de la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA, entre ellas, la pérdida de varias sumas de dinero en efectivo puestas a su disposición en distintos procesos, que no aparecieron consignadas en el Banco respectivo, ni entregadas a la Coordinación de la Unidad, entre ellas la cantidad de \$800.000.00 incautados a la capturada María del Pilar Doncel, según oficio No. 16.915 del 8 de octubre de 1997.

2. Llegado el conocimiento de tal informe a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, en resolución del 21 de septiembre de 1998 (fl. 108 cuaderno No. 1), un Fiscal adscrito a la misma abrió investigación penal contra la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA.

En su indagatoria, la doctora PERTUZ VERGARA, explicó, en esencia, que no intervino en el inventario que se practicó en el despacho de la Fiscalía Sexta Delegada de la Unidad de Ley 30 de 1986 de Barranquilla, en la cual laboró como titular desde el año de 1994 hasta el 27 de agosto de 1998, fecha en la que se le ordenó su retiro del cargo a consecuencia de la reincorporación, por orden judicial, de su antecesor doctor Oscar Contreras Amaris.

Preguntada por el dinero que aparece como puesto a su disposición en los distintos procesos relacionados en el informe reseñado, dijo que todo el efectivo que llegaba a su despacho era remitido para su consignación al Banco Popular o la Caja Agraria, razón por la cual se extrañaba de que no hubieran aparecido los títulos judiciales ni las constancias de consignación. En relación con los \$800.000 incautados a la captura Doncel Ariza, especificó que dicha suma fue entregada al abogado defensor.

Por proveído del 21 de abril de 1999, la Fiscalía definió la situación jurídica de la procesada, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de caución prendaria como presunta autora del delito de peculado por apropiación (fls. 192 y ss. ídem).

Decretado el cierre de la investigación (fl. 257), el 6 de octubre de 2000 la

Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra la ex fiscal procesada, como posible autora responsable del delito de peculado por apropiación, decisión en la cual se precisaron los siguientes aspectos alrededor de la conducta imputada y la participación de la implicada:

El delito de peculado que se imputa corresponde al descrito y sancionado en el artículo 133 del Código Penal de 1980, reformado por la ley 190 de 1995, con la diminuyente consagrada en el inciso 2º por razón de la cuantía inferior a 50 salarios mínimos mensuales.

La conducta se concreta a la apropiación de los dineros incautados y puestos a disposición de la Fiscal procesada mediante los oficios Nos. 17.898, 16.915, 272, 1.875 y 6.683, de fechas octubre 29/97, octubre 8/97, enero 6/98, enero 29/98 y junio 12/98, especificando que aunque cada uno de ellos hacía alusión a un proceso distinto y que sólo en relación con uno se estableció la cuantía (de \$800.000), “como el acto de apropiación no figura exactamente establecido en cuanto al momento consumativo y la constante incluida en el informe de la Fiscal Jefe es que se trató de sumas menores, por principio de favorabilidad se le endilga como uno solo para descartar aquí el eventual concurso delictual y a su vez la agravante del inciso tercero de la disposición en cita” (fl. 272 cuaderno No. 1).

Se encuentra probado que la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA recibió de manera personal los dineros incautados, los cuales fueron puestos a su disposición mediante los oficios especificados, dineros que mantuvo bajo su custodia en condiciones tales que difícilmente accedieron a ellos otros empleados de la Fiscalía, por lo que su desaparición sólo le es imputable a ella, quien debió tomarlos para sí, para satisfacción de necesidades personales o de terceras personas con vínculos afectivos con ella.

Finalmente, determinó el Fiscal instructor que como en relación con la pérdida de otros dineros a los cuales se hizo alusión en el informe que dio lugar a la investigación, no aparecieron los expedientes que soportaran su existencia, surgían serias dudas a favor de la procesada, razón por la cual se precluyó la investigación por tales hechos.

LA AUDIENCIA PÚBLICA

Ejecutoriada así la acusación y tramitada la etapa probatoria del juicio, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento, en la cual se ampliaron, a instancias de la defensa, algunos de los testimonios recibidos en la instrucción, entre ellos el de la doctora Lucila Padilla, y los empleados de la Fiscalía Camilo Barandica Berdugo y Nelson Arias Hernández.

La intervención de los sujetos procesales se dio en el orden legal, y sus principales argumentos bien pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Para la Fiscalía, representada por el doctor Rafael Osorio Martínez, Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, la prueba converge a demostrar que la procesada recibió los oficios reseñados en la acusación, a través de los cuales se puso a su disposición las diligencias y los dineros de que se da cuenta, puesto que así lo declararon los empleados de la Fiscalía y se deduce de la rúbrica que la misma Fiscal acusada estampó como constancia de recibo en cada uno de los documentos.

Además, aún si se acogiera la tesis del defensor que propugna por la inexistencia de la diligencia de inventario en la cual se detectaron las irregularidades que dieron lugar a esta investigación, en la cual no estuvo presente la acusada, otros elementos de juicio demuestran los faltantes de procesos y bienes representados en dinero efectivo, pues la misma doctora PERTUZ aceptó haberlos recibido, aduciendo explicaciones que no tienen valor para desechar su responsabilidad, sobre todo porque no ejecutó diligencia alguna encaminada a consignar en títulos judiciales los dineros entregados, como también lo

atestiguan los referidos testigos y la propia Jefe de la Unidad de Fiscalía, doctora Lucila Padilla Pérez.

De allí concluye la Fiscalía que los dineros, que hacían parte de los procesos radicados bajo los Nos. 18682, 11582, 12208, 12341 y 132129, quedaron bajo la custodia y disponibilidad jurídica de la doctora PERTUZ, quien entonces se los apropió, incurriendo en el delito de peculado por apropiación.

Agrega que la doctora PERTUZ VERGARA actuó con conocimiento y voluntad de la antijuridicidad de su actuar, sin que obre excluyente alguna de su responsabilidad, razón por la cual solicita que se le condene.

2. Por su parte, el defensor cuestiona el procedimiento desarrollado por la Fiscalía, muy especialmente la omisión en que se incurrió al no asegurar la comparecencia de la acusada a la diligencia de inventario, en la cual, precisamente, se dice haber detectado el faltante del dinero en efectivo que ha hecho posible la imputación de peculado por apropiación, razón que lo lleva a calificar de inexistente la diligencia, porque además se llevó a cabo sin ningún respaldo legal y sin la presencia del Ministerio Público.

De otro lado, cuestiona la declaración vertida por la doctora Lucila Padilla, la cual, en su criterio, no merece credibilidad.

Según el defensor, al examinar el contenido de las declaraciones de los compañeros de trabajo de la doctora PERTUZ, entre ellas la de Camilo Barandica, se infiere que la gaveta en donde la procesada guardaba los bienes incautados no tenía llave

porque esta se había extraviado.

Después de criticar la gestión del defensor anterior y aducir que existieron omisiones investigativas de la Fiscalía en el trámite del proceso, recapitula su posición defensiva, observando que en poder de la procesada no se encontraron dineros, ni existe peritaje que demuestre la existencia de ellos.

Por ello, si se llegare a proferir condena, lo sería sin el nexo de causalidad material y sin culpabilidad, ya que no se demostró que la doctora PERTUZ se apropió de tales dineros ni que tuvo la intención de hacerlo, todo lo cual, en cambio, amerita la absolución de la procesada, en aplicación del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que no hay certeza de que hubiera incurrido en una conducta punible.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El 24 de febrero del año en curso el Tribunal Superior de Barranquilla, dictó sentencia de primera instancia a través de la cual condenó a la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA a las penas principales de 20 meses de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa por la suma de \$800.000.00, al hallarla penalmente responsable del delito de peculado por apropiación. También la condenó a pagar los perjuicios que consideró causados con el ilícito y le impuso la inhabilidad descrita en el artículo 122 de la Constitución Política.

Finalmente, le suspendió condicionalmente la ejecución de la pena de prisión, por un período de prueba de dos (2) años.

El Tribunal encontró probado que la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA, en su calidad de Fiscal Sexta Delegada de la Unidad de Ley 30 de 1986, recibió las sumas de dinero en efectivo de que dan cuenta los oficios que obran a los folios 6, 13, 15, 17 y 25 del

cuaderno de la Fiscalía, tal como ella misma lo acepta en su indagatoria, especialmente en relación con la suma de \$800.000.00, que aseguró fue devuelta al abogado defensor del caso.

Agregó que si el ordenamiento jurídico obligaba a la funcionaria a consignar tales dineros en el Banco Agrario a órdenes de la misma Fiscalía, al no existir tales títulos, ni constancia de que se hubieran devuelto a sus tenedores, es lógico suponer que los mismos fueron objeto material de un delito de peculado por apropiación, que le es imputable a la doctora PERTUZ VERGARA porque los distintos testimonios allegados al informativo dan cuenta de que ella, personalmente, se encargaba de la custodia de los dineros recibidos en su despacho, los cuales guardaba bajo llave en un escritorio que también manejaba personalmente, sin que en su indagatoria hubiese suministrado una explicación “eficiente” acerca de las razones por las cuales no apareció el dinero.

Además, aunque la doctora PERTUZ explicó que los \$800.000.00 incautados a la capturada María del Pilar Doncel Ariza, fueron entregados al defensor de ésta, dicho profesional la desmintió en la declaración que bajo juramento rindió en el curso del proceso.

En relación con la cuantía del ilícito, el hecho de que existan dudas sobre el monto total de los dineros de que se da cuenta en los oficios reseñados, en nada altera la situación, pues precisamente por ello se ubicó la conducta dentro de la previsión contenida en el inciso 2º del artículo 133 del Código Penal de 1980, reformado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, que obliga a disminuir la pena cuando lo apropiado no pase de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Para el Tribunal, la conducta de la procesada no sólo es antijurídica, sino que además se realizó con pleno conocimiento y voluntad de lo que se hacía.

Al tasar la pena, determinó que ante la ausencia de antecedentes judiciales contra la doctora PERTUZ, procedía partir del mínimo señalado en el referido inciso 2º del artículo 133 del Código Penal de 1980, reformado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, esto es 18 meses de prisión, lapso al que aumentó dos (2) meses más por concurrir la circunstancia de agravación punitiva del numeral 11 del artículo 66 del anterior Código Penal, por la posición distinguida en la sociedad que ostentaba la procesada cuando realizó la conducta.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Dentro del término legal, el defensor de la procesada impugna la sentencia, presentando los siguientes argumentos:

No se ha demostrado que en el despacho a cargo de la doctora PERTUZ VERGARA se hubiera presentado la pérdida o extravío de algún dinero y menos se ha cuantificado la suma total, pues nunca se aportó prueba de la existencia de los procesos a que se alude, ni copia del “supuesto inventario” que se dice haber practicado en su despacho, y en los oficios donde aparece su rúbrica, no se especifica suma alguna.

También debe considerarse que el despacho de la Fiscal acusada funcionaba en un cubículo ubicado en un corredor comunitario, por donde podía transitar cualquier persona.

Además, agrega, los testimonios que obran en el proceso acreditan que la doctora PERTUZ sólo recibía diligencias en casos excepcionales, cuando el asistente no se encontraba en su puesto.

Critica los testimonios rendidos por la Fiscal Jefe de la Unidad, doctora Lucila Padilla, y

la empleada Ana María Pantoja, los cuales califica de contradictorios y falsos. Y en relación con la primera dice, además, que actuó de “mala fe”, pues una vez realizó el inventario en el despacho de la procesada, acudió a contactar un abogado que actuó como defensor en una de las sumarias a su cargo, para determinar el valor de unos dineros que no aparecieron, y a solicitar copias del informe policivo sobre su decomiso, en lugar de “dar traslado a la Titular (procesada) para las explicaciones del caso”.

Bajo lo que titula “violación al derecho de defensa”, alega que dicha garantía, así como la del debido proceso, fueron desconocidas a su defendida en la diligencia de inventario que dio lugar a esta investigación, pues en el curso de la misma “no pudo enterarse de los supuestos faltantes”, cercenándole el derecho a hacerse acreedora a una significativa rebaja de pena, lo cual, en su criterio, genera nulidad del proceso.

Frente a la tasación punitiva, crítica el aumento que de dos (2) meses de prisión adicionales se hizo sobre la pena básica, pues, dice, debió tenerse en cuenta que si bien existía una circunstancia de agravación, concurrían otras atenuantes a favor de la procesada, como la señalada en el numeral 1º del artículo 64 del Código Penal de 1980.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se absuelva a la acusada del único cargo imputado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son varias las cuestiones que propone el impugnante, y aunque las plantea en orden diferente, la Sala se ocupará en primer lugar del supuesto hecho constitutivo de nulidad de la actuación, por ser presupuesto procesal de la definición de aquellas que tienen que ver con el análisis de la prueba que soporta la decisión de condena, observando la siguiente metodología:

1. Sobre la petición de nulidad

En este primer aspecto, aunque la insustancial argumentación del recurrente no deja ver con claridad el motivo que se pretende hacer valer como generador de la nulidad, todo parece indicar que insiste en las razones que fundamentaron su anterior pedimento de invalidez durante el trámite del juicio, soportado en la supuesta violación al debido proceso y al derecho de defensa de la acusada, porque la diligencia de inventario realizada en el despacho de la Fiscalía Sexta Delegada de la Unidad Especializada de Ley 30 de 1986 de la ciudad de Barranquilla, por parte de la Jefe de la misma unidad de Fiscalía, y en el curso de la cual se detectaron las irregularidades que generaron esta investigación, se realizó sin la presencia de la entonces titular saliente, doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA.

Ante el persistente argumento, recaba la Sala en que la dinámica del debido proceso no habilita la nulidad de la actuación cuando se está ante una prueba obtenida con violación de las reglas para su percepción, formación o eficacia, pues lo que procede en tales eventos es la separación de la prueba ilegal del juicio.

De allí que un acto procesal puede ser simplemente inexistente, sin afectar de nulidad la actuación procesal, y en ese caso la ley sólo dispone que el juez lo desestime. Es decir, sin necesidad de invalidar todo o parte del proceso, el funcionario simplemente deja de apreciar las pruebas irregulares en orden a fundar la decisión judicial, y el sentido de ésta queda expuesto a la solvencia del material probatorio restante (si es que queda) para condenar o absolver.

De modo que, con base en la diligencia de inventario o las pruebas que surgieron de la calificada como irregular actividad de conteo de expedientes por parte de la Jefe de la Unidad de Fiscalía Especializada de Ley 30/86 de la ciudad de Barranquilla, ante el cambio de su titular, no puede el impugnante solicitar la nulidad de la actuación, por más

irregular que le parezca, pues los defectos encontrados sólo podía capitalizarlos como alegación para procurar su desestimación, tarea que en forma alguna acomete en el memorial de impugnación.

Pero además, nada más carente de seriedad es el argumento según el cual la falta de información a la procesada sobre los “supuestos faltantes” detectados en la aludida diligencia, le impidieron “reintegrar lo perdido o extraviado para obtener una disminución de la pena”, cercenándole el derecho a hacerse acreedora a una significativa rebaja de pena, pues se encuentra probado con el testimonio rendido por la doctora Lucila Padilla Pérez, quien en su condición de Fiscal Coordinadora de la Unidad Especial de Ley 30 de 1986, realizó personalmente el inventario de expedientes a cargo de la doctora PERTUZ, que de las irregularidades detectadas en el curso de la diligencia administrativa, enteró a la funcionaria responsable casi inmediatamente, antes de poner en conocimiento de las autoridades respectivas el hecho. Así lo testimonió la declarante:

“El día lunes 7 de septiembre cuando aún no había hecho el informe pero ya tenía conocimiento de todas las irregularidades detectadas y se lo había puesto en conocimiento verbalmente a nuestra Directora, la doctora VICKY (se refiere a la procesada) llegó hasta mi despacho a saludarme y fue en ese momento en que verbalmente le comuniqué sobre todas las inconsistencias e irregularidades como faltantes que había detectado dentro del proceso de inventario, manifestándole que hiciera algo, a lo que ella me respondió en presencia de mi Técnico que en cuanto a los procesos ahí debían estar en el despacho y en cuanto a los dineros que ella era una persona muy honesta...” (fl. 172 cd. No. 1).

De allí que si la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA hubiera tenido la seria disposición de reintegrar los dineros cuya pérdida se detectó en la diligencia efectuada sin su presencia, bien lo había podido hacer desde antes de iniciarse la acción

penal, para hacerse acreedora a la máxima rebaja de pena que para tales eventos consagraba el inciso 1º del artículo 139 del entonces vigente Código Penal de 1980, y lo reitera hoy el mismo inciso del artículo 401 de la ley 599 de 2000. Nada impidió que se asumiera una tal actitud procesal, por lo que resulta un despropósito aducir, a estas alturas del proceso, obstáculos a los mecanismos que la ley consagra para atenuar responsabilidades, cuando estos, se reitera, jamás existieron.

No se encuentra, entonces, afectación a los derechos y garantías de la procesada por las causas señaladas.

2. Evaluación de la prueba.

En relación con la base material del hecho punible de peculado por apropiación que se imputa a la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA, cuya calidad de Fiscal Sexta Delegada de Barranquilla para la época de los hechos no ha sido puesta en tela de juicio, encuentra la Sala, al igual que lo reflexionó el Tribunal, que el principal elemento de convicción está conformado por las copias de los oficios Nos. 17.898, 16.915, 272, 1.875 y 6.683, de fechas octubre 29/97, octubre 8/97, enero 6/98, enero 29/98 y junio 12/98, que obran a los folios 9, 11, 13, 15 y 17 del cuaderno No. 1, mediante los cuales la Fiscal Jefe de la Unidad de Ley 30 de 1986 de Barranquilla, le remite a la Fiscal Sexta de la misma unidad, las diligencias contra Luis Enrique Márquez Ortiz, María del Pilar Doncel Ariza, Javier Álvarez, José Vicente León Benavidez y Rafael Enrique Rivera Vital, respectivamente, todos capturados por violación a la ley 30 de 1986, y en los cuales figura como común denominador que la sustancia estupefaciente incautada a cada uno de ellos quedó en el despacho de la Fiscal Jefe, mientras que “el dinero relacionado en el informe policivo se le remite al despacho” de la funcionaria de conocimiento.

La aceptación que la doctora PERTUZ VERGARA hizo sobre la recepción personal de tales oficios, y la existencia de sus rúbricas en señal de recibo en cada

uno de ellos, llevaron a la Fiscalía a considerar, válidamente, que la funcionaria había recibido los dineros a que aluden los documentos, circunstancia que no fue desmentida por la procesada, y aparece confirmada en términos generales con los testimonios de los empleados de la Fiscalía que declararon en el curso del proceso.

Igualmente, la ausencia de constancias sobre el destino dado a los mismos, porque no aparecieron títulos judiciales que dieran razón de su consignación, como tampoco de que hubieran sido devueltos a sus tenedores, llevaron a concluir al ente acusador que hubo apropiación de los dineros por parte de su receptora, por ser ella la única persona que los tuvo bajo su custodia en un lugar al que no podían acceder otros empleados de la institución.

Antes de verificar el acierto o no de tales conclusiones, y con el fin de contestar una de las inquietudes planteadas por el recurrente, según la cual la falta de determinación de la cuantía de lo apropiado desvirtúa la tipificación del delito imputado, encuentra la Sala necesario señalar que, en el caso del peculado, cualquiera sea su modalidad, la cuantía no es un elemento estructural del delito, sino apenas un factor para determinar la pena, en los términos que trae el artículo 397 del actual Código Penal o 133 del Código Penal de 1980, reformado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, aplicado al caso por favorabilidad, normatividad que regula la punibilidad en diferentes escalas según si el valor de lo apropiado no supera la cantidad de 50 salarios mínimos mensuales, si está entre 51 y 199, o si excede 200.

Para la Sala, lo que afecta nocivamente el proceso de comprobación del delito de peculado en cuatro de las cinco acciones imputadas de manera acertada bajo una sola conducta delictiva, pues es clara la unidad de designio que las vincula, no es el establecimiento de una laguna sobre la cuantía de lo apropiado en cada uno de esos actos, sino el vacío probatorio que existe frente al real destino que se dio a tales dineros, salvo eso sí, se excluye de una vez, la apropiación que recayó sobre el decomisado a la

capturada María del Pilar Doncel Ariza, en cuantía de \$800.000.00, que fue puesto a órdenes de la doctora PERTUZ VERGARA mediante el oficio No. 16.915 (fl. 11), cuya situación probatoria es verdaderamente distinta a los demás eventos analizados, según se verá a continuación.

Sólo en ese sentido tiene eco el reclamo del impugnante, porque ciertamente la actividad investigativa fue deficiente en grado sumo para establecer el destino real que se dio a los dineros puestos a disposición de la doctora PERTUZ VERGARA mediante los oficios Nos. 17.898, 272, 1.875 y 6.683, pues distinto a las copias que de éstos documentos se anexaron al informe contenido en el oficio No. 617 del 9 de septiembre de 1998 y que dio lugar a la investigación, ningún intento de ubicación posterior de los expedientes alusivos a ellos se hizo por parte del ente investigador, a pesar de existir constancia sobre su radicación en los libros respectivos, lo cual era necesario para descartar, con grado de certeza, que el dinero no fue devuelto a sus tenedores, o que no fue consignado en el banco oficial asignado para ello, o que no fue entregado a un empleado para ese fin, pues la doctora PERTUZ explicó en su indagatoria que en la mayoría de los casos los dineros incautados y puestos a su disposición eran entregados a un empleado para su consignación, procedimiento que sin embargo no reafirma en el caso de la señora Doncel, en el que aseguró, mentirosamente, que el dinero fue devuelto al abogado defensor del caso.

Y aquella afirmación exculpatoria de la funcionaria acusada, encuentra, en cierto grado, respaldo probatorio en la versión suministrada por el señor Nelson Arias Hernández, Asistente Judicial del despacho de la procesada, quien refirió que en alguna oportunidad la doctora PERTUZ le entregó la suma de \$180.000 en efectivo para que los consignara en el banco respectivo (fl. 138 cd. No. 1), procedimiento que por lo tanto no puede descartarse en los cuatro casos analizados.

Así las cosas, en este momento procesal en el que debe existir el más alto grado de conocimiento sobre la responsabilidad de la procesada, debe admitir la Sala que los vacíos probatorios destacados, conducen inexorablemente a predicar la existencia de serias dudas sobre el destino real dado a los dineros entregados a la funcionaria acusada a través de los oficios Nos. 17.898, 272, 1.875 y 6.683, cuyo monto no se estableció precisamente por la falta de diligencia en la averiguación de los pormenores alrededor de su movimiento en el despacho de la funcionaria acusada, al punto que ni siquiera se intentó traer copia del acta de decomiso por las autoridades policivas y menos aún, se reitera, se insistió en la ubicación de las diligencias respectivas, desconociéndose los eventuales trámites dispuestos sobre ellos.

Como ya se advirtió, cosa distinta sucede con el acto de apropiación que recayó sobre el dinero decomisado a la capturada María del Pilar Doncel Ariza, puesto que, contrariamente a lo sucedido en los casos que vienen de analizarse, la actividad probatoria no se limitó a la incorporación de la copia del oficio No. 16.915 de fecha octubre 8 de 1997, mediante el cual se puso a disposición de la doctora PERTUZ VERGARA a la citada capturada, así como los elementos incautados, entre ellos “el dinero relacionado en el informe policivo”, sino que además se trajo copia de la actuación procesal adelantada contra la misma, de la cual se pueden extractar las siguientes conclusiones:

a) Que junto con el informe de captura fue puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación la suma de \$800.000 en efectivo, representados en los billetes cuyas denominaciones aparecen debidamente relacionadas en el acta que obra al folio 21 del cuaderno No. 1.

b) Que las diligencias respectivas, una vez asignadas al despacho de la Fiscalía Sexta Seccional, a cargo de la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA, pasaron oficialmente a su despacho con un informe del Técnico Judicial, en el que se hizo

constar que “el dinero en la cantidad relacionado (sic) en su despacho ya que fue contado y recibido por usted” (fl. 25 idem, se ha destacado).

c) Que ni en la resolución de apertura de la investigación, ni en la resolución de la situación jurídica de la Doncel Ariza, se dispuso consignar, a órdenes de la Fiscalía, el dinero decomisado y menos devolverlo a su tenedora, de lo cual tampoco obra constancia posterior alguna.

d) Que a pesar de la expresa mención que se hizo en el informe policivo sobre el intento de soborno en que incurrió la capturada Doncel Ariza, al ofrecer a los policiales que ejecutaron su captura la suma de dinero decomisada, ninguna mención a tal hecho se hizo en la resolución de la situación jurídica, obviando, por extraños motivos, cualquier referencia a la existencia del dinero allegado.

Pero además, no es solamente la citada prueba documental la demostrativa de la apropiación ilícita del dinero por parte de la procesada, porque también converge en contra de la doctora PERTUZ VERGARA el indicio de mentira que se deriva de su afirmación en el sentido de que el dinero lo había entregado al abogado defensor de la procesada Doncel Ariza, cuando dicho profesional negó rotundamente en su declaración la ocurrencia de semejante hecho, y en ello la Sala le da credibilidad porque realmente con lo que se cuenta del proceso contra la Doncel Ariza, no existía causa legal alguna para la devolución del dinero, porque éste provenía de la ejecución de un delito.

Entonces, si se encuentra probado que la doctora PERTUZ VERGARA fue la única persona que tuvo bajo su custodia el dinero en cuestión; que sobre el mismo no dispuso su consignación en el banco oficial establecido para ello y tampoco su devolución a los eventuales tenedores lícitos; que sobre su desaparición, la procesada ofreció una explicación desmentida con prueba testimonial creíble, no queda alternativa distinta a concluir, como lo hizo el Tribunal, que converge en su contra la certeza necesaria para

atribuirle responsabilidad en el hecho, porque además no se acreditó una causal de ausencia de responsabilidad en los términos especificados en el artículo 32 del actual Código Penal.

Tras esta conclusión, es necesario precisar que la exclusión de cuatro (4) de los cinco (5) actos de apropiación que se imputaron a la ex fiscal procesada en la resolución de acusación, no se verá reflejada en la tasación de la pena básica, pues el Tribunal, sin considerar que se trataba de cinco actos independientes pero con una misma unidad de designio, decidió partir del mínimo de pena señalado en la norma aplicada por favorabilidad – inciso 2º del artículo 133 del Código Penal de 1980, reformado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995-, esto es 18 meses de prisión, lapso que sólo incrementó en 2 meses más por concurrir la circunstancia genérica de agravación descrita en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal de 1980, esto es la posición distinguida que la procesada ocupaba en la sociedad cuando ejecutó la conducta.

No obstante, frente a este último aspecto debe señalar la Sala que la referida circunstancia genérica de agravación, o como se denomina hoy, de mayor punibilidad, que fue deducida en el fallo, no fue imputada de manera clara, expresa e inequívoca en la acusación formulada por la fiscalía.

Y en esa temática, si bien la Corte venía admitiendo que ese tipo de circunstancias de agravación podían ser aplicadas en el fallo siempre y cuando sus contornos fácticos pudiesen ser avizorados con facilidad en la imputación contenida en la acusación, ahora precisa que es menester que la atribución aparezca explícitamente imputada merced a que el nuevo Código de Procedimiento Penal exige congruencia total –fáctica y jurídica- entre la sentencia y el marco conceptual de la acusación (cfr. sentencias del 23 de

septiembre de 2003, radicación 16.320, y del 29 de septiembre de 2003, radicación 19.734, con ponencias de los Magistrados Herman Galán Castellanos y Álvaro Orlando Pérez Pinzón, respectivamente).

En ese orden de ideas, excluida la citada circunstancia de mayor punibilidad porque no aparece imputada con precisión y univocidad, se activa el dispositivo del artículo 67 del Código Penal de 1980, que imperaba para el momento de ejecución de la conducta punible, de acuerdo con el cual sólo podía imponerse el mínimo de la pena cuando concurrieran de modo exclusivo circunstancias de atenuación, como aquí ocurre, pues como acertadamente se consideró en el fallo impugnado, a favor de la doctora PERTUZ concurre la circunstancia de menor punibilidad (o de atenuación) derivada de la carencia de antecedentes penales (o su buena conducta anterior), tal como lo recuerda el defensor en su memorial de impugnación.

En esas condiciones, la sentencia recurrida habrá de modificarse en el sentido de declarar que la pena principal que corresponde a la doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA por el delito de peculado por apropiación en cuantía de \$800.000.00, del que resultó responsable, es de 18 meses de prisión, multa por el valor de apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas (inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas) por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia impugnada, modificándola en el sentido de imponer a la procesada doctora VICTORIA ISABEL PERTUZ VERGARA la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, multa por el valor de \$800.000 e interdicción de derechos y funciones públicas (inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas) por el mismo

término de la pena privativa de la libertad, como autora del delito de peculado por apropiación.

En lo demás, se mantiene incólume el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Nuñez

Secretaria