

Proceso No 22263

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADOS PONENTES

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

APROBADO ACTA No. 73

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio del dos mil seis (2006).

VISTOS

Se decide el recurso de casación que presentaron los defensores de ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO, ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO y ÉDGAR STAND OSPINA contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 7 de febrero del 2003, mediante el cual confirmó la sentencia que el 8 de mayo del 2002 profirió el Juzgado 45 Penal del Circuito de la misma ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Sala hizo la siguiente reseña en auto del 22 de septiembre del 2004:

En virtud de una visita practicada por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación al Instituto Colombiano de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, INURBE, se pudo establecer que a partir del mes de julio de 1996 la entidad, a través de su gerente ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO MONTOYA y

del subgerente administrativo y financiero, ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO, celebró irregulares contratos de fiducia con varias cooperativas por valor superior a los cuarenta y tres millones de pesos, dinero garantizado en certificados de depósito a término que no pudieron ser redimidos dada la situación calamitosa de esas entidades.

Por esta razón, y además porque tales contratos desbordaban el objeto propio del instituto, aquella Oficina compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación para que iniciara las averiguaciones correspondientes.

Adelantada la investigación, el 7 de septiembre de 1998 un fiscal seccional de Bogotá acusó a los señores MONCALEANO MONTOYA y CAICEDO CAICEDO como coautores del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, decisión que fue confirmada el 7 de enero de 1999 por un fiscal delegado ante el Tribunal Superior de la misma ciudad. Así mismo, el 30 de agosto del 2000 confirmó idéntica medida tomada el 12 de marzo de 1999 contra MIGUEL ÁNGEL PENAGOS MARTÍNEZ, la que, sin embargo, modificó en cuanto al grado de participación que lo redujo al de cómplice del señalado delito. El mismo día -30 de agosto del 2000- ratificó la acusación formulada el 12 de marzo de 1999 contra ÉDGAR STAND OSPINA como autor de peculado por apropiación a favor de terceros. También fueron convocados a juicio MIGUEL ALBERTO MORENO OSPINA, por resolución del 15 de marzo de 1999, y GLORIA CASTRO GARAVITO, del 15 de junio de 1999.

Adelantada la etapa del juicio, el 8 de mayo del 2002 el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá condenó a los señores MONCALEANO MONTOYA y CAICEDO CAICEDO a 16 años de prisión y multa por valor equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales, como coautores materiales del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo; a GLORIA CASTRO GARAVITO, como determinadora de esas conductas, a 11 años y 3 meses de prisión y multa en

cuantía de 500 salarios mínimos legales mensuales; a MIGUEL ALBERTO MORENO OSPINA, cómplice de la ilicitud, a 6 años de prisión y multa por valor de 30 salarios y a ÉDGAR STAND OSPINA, como autor de peculado culposo, a 19 meses y 15 días de arresto y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales. Todos fueron condenados, además, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de libertad, y al pago solidario de los perjuicios ocasionados.

Respecto de MIGUEL ÁNGEL PENAGOS, decretó la nulidad de lo actuado y ordenó compulsar copias para que continuara su juzgamiento por cuerda separada, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior el 18 de septiembre del 2002, quien dispuso que, rota en todo caso la unidad procesal, el A quo debía dictar sentencia sobre el cuaderno de copias.

La sentencia, apelada por los defensores de todos los procesados, excepto el de MIGUEL ALBERTO MORENO OSPINA, quien recurrió en nombre propio, fue confirmada el 7 de febrero del 2003 por el Tribunal Superior de Bogotá, que redujo la condena al pago de perjuicios respecto del señor STAND OSPINA.

Por auto del 22 de septiembre del 2004, la Corte admitió las demandas de casación que presentaron los defensores de los procesados que se dejaron mencionados al inicio de esta providencia, aunque respecto de la formulada en nombre del doctor CAICEDO CAICEDO sólo con relación con los cargos principal y tercero subsidiario.

LAS DEMANDAS

1. A nombre de ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO

Admitida la demanda en cuanto a dos de los cuatro cargos formulados, debe recordarse que el primero se presentó al amparo de la causal tercera de casación, por violación del derecho de defensa, porque el Tribunal no examinó los argumentos de impugnación

separadamente de los que adujo la defensa del coprocesado MONCALEANO MONTTOYA, lo que le impidió conocer las pruebas que el juzgador tuvo en cuenta para confirmar el fallo de condena.

No sólo se ignoraron sus razones, sino que apenas se dedicaron unos pocos renglones a examinar la situación del doctor CAICEDO pues la mayor parte del fallo se ocupó de la del señor MONCALEANO, con lo cual no se le permitió saber si lo dicho respecto de éste se aplicaba igualmente a aquél.

Solicitó que, en consecuencia, se declare la nulidad parcial del fallo y se le ordene al Tribunal dictar uno nuevo, en el que realice el examen individual de la apelación presentada por el defensor del procesado.

En el segundo -tercero subsidiario- se le censuró al Tribunal no haber valorado -falso juicio de existencia por omisión- la prueba testimonial y documental que demostraba que el procesado sí tuvo en cuenta los estudios técnicos y financieros que se realizaban para la inversión en cooperativas y anuló autorizaciones atendiendo informaciones suministradas por las fiduciarias.

Reprodujo al efecto una conclusión consignada en el fallo recurrido, según la cual el estudio técnico y financiero de las cooperativas se omitió intencionalmente, no por descuido o negligencia, razón por la que se cuestiona no la inversión prohibida de dineros del INURBE sino la actuación consciente orientada a que terceras personas se beneficiaran de los recursos de la entidad, propósito evidenciado en la omisión del estudio jurídico y económico previo.

Destacó el casacionista que los testimonios de Luis Eduardo Arbeláez y Omar Feris, que aluden a tales análisis y a la anulación de las autorizaciones de inversión que como consecuencia de ellos dispuso el doctor CAICEDO, así como una comunicación que la financiera Avancemos le dirigió a éste en la que le informa que hay suficientes activos para

garantizar el retorno de las inversiones, no fueron apreciadas por el Tribunal. De haberlas considerado, dijo, al procesado se le hubiese condenado por peculado culposo por no exigir de las fiduciarias el estudio de las cooperativas en que se realizaron las inversiones.

Como corolario, solicitó se case el fallo impugnado y en su lugar se condene al doctor CAICEDO CAICEDO por el delito de peculado culposo o, en su defecto, se le absuelva en cumplimiento de lo previsto por el artículo 32 del Código Penal.

2. A nombre de ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO MONTOYA

Un cargo principal y tres subsidiarios formuló su defensor contra la sentencia de segunda instancia.

El primero, con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, porque en la apreciación de la prueba el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso raciocinio.

Después de recordar que el subgerente administrativo ARMANDO CAICEDO autorizó a unas sociedades fiduciarias para que realizaran algunas inversiones, las que de inmediato constituyeron certificados de deposito a término en unas cooperativas, papeles que después no se pudieron redimir por falta de recursos de éstas que habían prestado el dinero a clientes que no cumplieron con su pago, el censor sostuvo que el falso raciocinio se estructuró porque el Tribunal tomó como hecho indicador las autorizaciones de inversión e infirió que quienes debían verificar la solidez y el respaldo financiero de las cooperativas eran aquél y el gerente MONCALEANO, cuando en realidad de la autorización –aún admitiendo que se hubiera expedido por recomendación de Fabio Emiro Bravo Russi, copartidario de CAICEDO- no se podía deducir que las sociedades fiduciarias quedaran relevadas de la obligación consignada en el párrafo 2º del artículo 1º del Acuerdo 04 del 27 de marzo de 1996, según el cual

El INURBE o las sociedades fiduciarias que éste contrate para el apalancamiento de los créditos de que trata el presente acuerdo, evaluarán previamente y en todo caso, la situación financiera de los intermediarios, el nivel de riesgo y se asegurarán de la solvencia económica de la entidad en la que efectuará las colocaciones respectivas.

El incumplimiento de la obligación dio lugar precisamente a que el laudo arbitral del 31 de marzo del 2000 expedido en el proceso del INURBE contra FIDUGÁN, se condenara a ésta a pagar los perjuicios derivados de las inversiones hechas por la fiduciaria en las cooperativas seleccionadas por aquélla.

Si el fallo impugnado le atribuye al procesado procurar que terceras personas se favorecieran de los recursos de la entidad mediante su colocación en cooperativas sin respaldo financiero derivando el propósito de la omisión de estudios previos, que éstos no tuviera que hacerlos MONCALEANO implica que la inferencia desaparece y la imputación queda sin soporte. Por lo demás, otras fiduciarias le advirtieron al INURBE del riesgo que implicaban otras inversiones y por ello las operaciones fueron anuladas.

En consecuencia, se debe casar la sentencia y, en su lugar, absolver al procesado porque no incurrió en la conducta omisiva imputada en la acusación.

El segundo cargo se presentó también desde la perspectiva del falso raciocinio, porque el Ad quem descartó la imputación culposa a partir de las siguientes inferencias equivocadas:

- Se dedujo que el gerente quería mantener el control de las inversiones porque expidió la resolución 001 de 1997 integrando la junta administradora de Fideicomisos con dos miembros del INURBE con voz y voto y uno de la fiduciaria con voz, sin tener en cuenta que esa composición se dispuso en los contratos de fiducia suscritos mucho antes de que MONCALEANO asumiera el cargo, amén que mantener el dominio sobre los bienes es una exigencia de la Ley 80 de 1993 para los contratos fiduciarios con entidades

estatales.

- Sostuvo el fallo que después de la expedición de esa resolución se siguieron otorgando autorizaciones de inversión, lo que demuestra el propósito del gerente de mantener el poder dispositivo de los recursos.

Sin embargo, según la Ley 80 de 1993, el poder dispositivo no podía ser objeto del contrato fiduciario y la inversión en cooperativas fue autorizada por el Acuerdo 04 de 1996.

- Se probó que Fabio Emiro Bravo Russi sugería cooperativas para que en ellas se invirtieran recursos y logró que el subgerente expidiera autorizaciones de inversión, hecho del que se infirió en la sentencia que el propósito de MONCALEANO era beneficiar a terceros a través de la colocación de dinero en aquéllas.

No es lógico inferir que se buscara invertir en cooperativas que no tenían ningún vínculo con el gerente, como lo declara probado la sentencia, para que éstas prestaran a personas que tampoco lo conocían, según las declaraciones, y de esta manera se defraudara al INURBE no pagando los créditos.

Para llegar a esa conclusión, las fiduciarias tenían que hacer parte del complot porque el dinero estaba en poder de ellas, que además debían evaluar el riesgo de la inversión. Por el contrario, el fallador las excluyó de toda responsabilidad y hasta les aceptó la increíble explicación de creer que las autorizaciones de inversión eran una orden que las obligaba.

Estos errores son trascendentes porque condujeron a elaborar indicios de responsabilidad dolosa y eliminar la culposa, que fue la imputación formulada contra ÉDGAR STAND OSPINA por la misma conducta de expedir autorizaciones de inversión, realizada por su sucesor en la subgerencia administrativa.

Como MONCALEANO no era ordenador del gasto porque la función fue delegada desde 1995 al subgerente administrativo y tampoco podía autorizar inversiones a las fiduciarias, se le reprochó una conducta omisiva por no oponerse a lo que estaba haciendo su subordinado. Si esto es así, la imputación debió hacerse a título de culpa.

En consecuencia, se debe casar el fallo recurrido y en su lugar expedir otro por peculado culposo.

La tercera censura se refiere a la falta de consonancia entre la sentencia y la resolución acusatoria, porque en la primera se le dedujeron tres circunstancias de mayor punibilidad que no se le imputaron en la segunda. Por esta razón se debe casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo que, excluyendo esas circunstancias, redosifique la pena a partir del cuarto mínimo, no considere el aumento inmotivado que dispusieron las instancias e incremente por el concurso los 12 meses que se sumaron en ellas, para un total de 84 meses de prisión e igual término de interdicción en derechos y funciones públicas.

La cuarta crítica consiste en la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del último inciso del artículo 401 del Código Penal, porque a pesar de que en la sentencia se reconoce que se han recuperado más de cuatro mil millones de pesos por daciones en pago realizadas por algunas cooperativas, no disminuyó la pena por haberse producido el reintegro parcial, como lo prevé la citada disposición, que es la llamada a regular el caso porque resulta más favorable que el artículo 139 del Código Penal de 1980.

No interesa que el reintegro lo hubiera efectuado una tercera persona, pues la finalidad de la norma es crear un estímulo punitivo para que el Estado recupere aunque sea de manera parcial sus bienes. Además, si al procesado se le reprochó haber permitido la salida de esos recursos con destino a unas cooperativas que los prestaron a

terceros, debe tenerse en cuenta que justamente el reintegro lo hicieron tres de esas entidades.

Debe entonces casarse la sentencia y redosificar la pena, bien disminuyendo la cuarta parte de la impuesta en el fallo o bien restándola de la que se concrete en caso de prosperar el cargo anterior.

3. A nombre de ÉDGAR STAND OSPINA

Su defensor formuló dos cargos, uno principal y otro subsidiario, con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación.

En el primero, acusó el fallo por ser producto de un falso juicio de identidad en la valoración del informe del CTI, en el que nunca se afirmó, como se dice en la sentencia, que para los días 12 y 14 de septiembre de 1996 Colahorro no contara con la liquidez suficiente para que las inversiones fueran redimidas y por eso fue preciso prorrogarlas.

Inclusive, en la providencia que resolvió la situación jurídica se ordenó practicar pruebas en ese sentido y, como no se realizaron, la defensa se opuso al cierre de investigación que el instructor ratificó porque, dijo, ese tema se podría dilucidar en la etapa del juicio en el evento de formularse la acusación.

Como no se practicaron pruebas en la etapa de juzgamiento, no podía decirse en la sentencia que la siguiente administración prorrogó las inversiones autorizadas por STAND en Colahorro porque los CDAT no pudieron ser redimidos por la mala situación de la cooperativa según el reporte del DANCOOP, "citado en el informe de la misión de trabajo 'Caso INURBE y COLAHORRO' rendido por investigadores del CTI en precedencia resaltado".

En realidad, el informe no analiza nada y se limita a citar una conclusión de otro informe

del DANCOOP que no se conoce en el proceso y del que se ignora fecha de presentación, períodos contables revisados y el tema específico que examinó.

De todas maneras, si DANCOOP tomó posesión de Colahorro por resolución del 29 de abril de 1998, ese análisis debe datar de la misma época porque de lo contrario la administración se hubiera asumido mucho antes.

Si no hubiera incurrido en el error anotado, el Ad quem no habría adquirido certeza sobre la materialidad de la infracción y habría tenido que aplicar el artículo 7º del Código Penal y dictar fallo absolutorio. Así, dice el libelista, debe proceder ahora la Corte.

El segundo cargo denuncia también un error de hecho por falso juicio de identidad, porque a pesar del informe del CTI en el que se relaciona la actividad cumplida por el procesado para determinar en cuales entidades del sector cooperativo podía colocar los dineros públicos, la existencia del balance de 1995 y resultados financieros de Colahorro, el Tribunal concluyó que STAND OSPINA no realizó ningún análisis previo ni evaluó la solvencia económica de esa entidad.

Así, la tergiversación de los medios de convicción es evidente. Y aunque no se desvirtúan por completo las pruebas de cargo, las que le sirven de soporte al fallo no permiten predicar certeza acerca de la responsabilidad del procesado, lo que obliga a darle aplicación al artículo 7º del Código Penal como debió hacerlo el Tribunal de no mediar los errores señalados.

El fallo, en consecuencia, se debe casar y en su lugar absolver al señor STAND OSPINA de los cargos formulados en su contra.

ESTUDIO DEL NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil se opuso a la prosperidad de las pretensiones de los

demandantes.

Después de hacer algunas reflexiones sobre la “connotación criminológica” del comportamiento reprochado a los procesados, que se reflejó en la tasación de la pena impuesta por el A quo, y exponer su percepción de los hechos, examinó cada una de las demandas presentadas.

Con relación al primer cargo de la que se entabló a favor de CAICEDO CAICEDO, dijo que el Tribunal dio respuesta a todas las observaciones formuladas por el defensor y aunque en ocasiones –dada la identidad temática- trató de manera conjunta las de varios impugnantes, no por esa razón se afectó el derecho de defensa.

Respecto del segundo reproche, que coincide con el primero de la demanda presentada a nombre de MONCALEANO MONTOYA, los casacionistas no tuvieron en cuenta que las características del contrato de fiducia pública son muy diferentes de las del contrato de fiducia civil o comercial, tema bastante debatido en este proceso.

En el contrato de fiducia pública o encargo fiduciario que consagra la Ley 80 de 1993, los bienes o recursos materia del fideicomiso no salen del ámbito de dominio del fideicomitente ni forman un patrimonio autónomo, como lo analizó el Ad quem siguiendo la sentencia C-086 de 1995 expedida por la Corte Constitucional.

Por esta razón, no se puede sostener en este caso que las fiduciarias hubieran adquirido el poder dispositivo de los dineros objeto del fideicomiso desplazando a los servidores del INURBE que funcionalmente tenían la custodia y el manejo de esos recursos. Por el contrario, como lo señaló el Tribunal, esos funcionarios indicaron las entidades en las que se colocarían los caudales bajo la modalidad de inversiones temporales.

Reclaman los demandantes que el juzgador no valoró la prueba testimonial que favorecía sus intereses, olvidando que según lo dicho por otros representantes de

entidades fiduciarias MONCALEANO y CAICEDO eran quienes decidían cuales inversiones se realizaban, en cuales entidades del sector solidario y directamente convenían con las cooperativas las condiciones contractuales en cuanto a montos, plazos e intereses y luego les enviaban a las fiduciarias las autorizaciones de inversión vía fax, para que se tramitaran el mismo día.

Frente al segundo cargo de la demanda presentada a nombre del señor MONCALEANO, dice que con la expedición de la resolución 01 de 1997 que creó la junta administradora de fideicomisos pretendió eludir responsabilidades porque para esa fecha ya se habían realizado algunas inversiones de ese tipo y porque en todo caso el poder decisorio siguió en cabeza de los directivos, pues a pesar de que las fiduciarias tenían un representante en cada junta, dos de sus tres integrantes pertenecían a la entidad que, entonces, era la que tomaba la decisión. Esto lo acredita el hecho de que con posterioridad a la resolución se siguieron dando autorizaciones de inversión o prórrogas de los CDAT ya constituidos, con la firma del subgerente CAICEDO y algunas con el aval del gerente MONCALEANO.

Como se dijo en la sentencia de segunda instancia, los directivos ignoraron las voces de alerta que dieron algunos representantes de las fiduciarias respecto de las instrucciones para invertir en determinadas cooperativas, por no constituir la mejor opción en el mercado financiero.

El tercer cargo tampoco está llamado a prosperar, porque las circunstancias que se tuvieron en cuenta para agravar la pena -que se trataba de recursos destinados a solucionar problemas de carácter social, que existió coparticipación y que detentaba una posición prominente en la sociedad- están demostradas en el proceso.

Con relación a la última censura, la disminución de pena por reintegro no es procedente porque el procesado no lo realizó ni aparece probado que hubiera intervenido

ante terceras personas para que lo hicieran.

Respecto de la demanda instaurada en representación del señor STAND OSPINA, además de algunas referencias a los defectos formales que en su criterio registra, el apoderado de la parte civil sostiene que las inversiones que autorizó el procesado se hicieron en una cooperativa que no tenía por objeto social la construcción de vivienda de interés social ni estaba relacionada con el sector, inobservando los requisitos legales, no obstante las advertencias que le formularon Alicia Villegas Trujillo y Claudia Crisanta Freyle y la auditoría externa que recomendó no invertir en cooperativas.

EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Demanda a nombre de ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO

Después de exponer aspectos técnicos sobre la postulación en esta sede de la falta de motivación de la sentencia propuesta en el primer cargo de la demanda, la señora Procuradora 2ª Delegada para la Casación Penal comparó los argumentos que presentaron los defensores de los señores CAICEDO y MONCALEANO al sustentar los recursos de apelación para mostrar sus similitudes, por lo que merecían una respuesta conjunta. Sin embargo, los razonamientos que cada uno formuló fueron también examinados por separado.

Desde esa perspectiva, revisó la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y concluyó que la metodología utilizada no afectó el deber de motivar la sentencia, en la que no sólo se refirió a los estudios de los defensores sino que expresó los fundamentos que lo llevaron a confirmar la de primer grado.

El fallo precisó además que las autorizaciones de inversión fueron dadas por CAICEDO CAICEDO, con injerencia del señor Bravo Russi, pese a la oposición de las fiduciarias y a las manifestaciones de otros funcionarios del INURBE.

Por lo tanto, como en las sentencias se precisaron los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión, el cargo no debe prosperar.

Sobre la segunda censura admitida por la Sala, relacionada con el falso juicio de existencia por omisión respecto de los testimonios de Luis Eduardo Arbeláez y Omar Feris y de una documentación remitida por DANCOOP, señaló que el primero fue examinado por el fallador en el folio 197 de la sentencia y aunque desconoció parcialmente su contenido -lo que sería atacable como falso juicio de identidad- la omisión resulta intrascendente como lo es también el haber ignorado por completo la segunda.

Feris Chadid dijo que CAICEDO CAICEDO, atendiendo la recomendación de Fiduagraria para que no se invirtiera en Coodesnal, le envió una nota agradeciendo la asesoría y en consecuencia anuló las autorizaciones de inversión. Agregó, sin embargo, que en múltiples ocasiones le advirtió sobre el alto riesgo que implicaba invertir en el sector solidario y sugirió que se hiciera en entidades vigiladas, pero el INURBE no atendió la insinuación.

La prueba, antes que favorecer al procesado, lo afecta porque después de la nota que le envió a Feris Chadid el 4 de febrero de 1997, se acudió a otra fiduciaria y el 28 se invirtieron \$ 500 millones en Coodesnal y el 27 la misma suma en Sibific, lo que pone de presente el dolo de CAICEDO CAICEDO porque a pesar de las advertencias decidió invertir en esa cooperativa una suma cuantiosa, quedando inane por lo demás la anulación de las otras inversiones que pretendió hacer por intermedio de Fiduagraria.

También es cierto que no fue apreciado el oficio que el 1º de abril de 1997 le dirigió al procesado el representante legal de la financiera Avancemos, pero de haberse estimado tampoco hubiera variado la imputación dolosa formulada en su contra porque en él se

afirma que existían suficientes prendas y activos para garantizar en el futuro el retorno de las inversiones realizadas, de manera que esa comunicación no justifica la inversión que ya se había hecho ni demuestra que previamente se hubieran obtenido los estudios técnicos y financieros.

En consecuencia, como esos errores no afectan la construcción de la responsabilidad imputada, el cargo no debe prosperar.

2. Demanda a nombre de ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO MONTTOYA

Primer cargo.

Después de examinar en detalle la sentencia de segundo grado, la procuradora sostiene que en ella se estableció que la naturaleza del encargo fiduciario no impedía que los recursos entregados a las fiduciarias siguieran bajo el dominio de la entidad estatal, de manera que la responsabilidad por las irregularidades en su administración le eran imputables, y que su gerente realizó maniobras para disponer de ellos aún contra las recomendaciones de las fiduciarias, de la naturaleza del contrato y de las advertencias de servidores de la entidad.

El casacionista, en cambio, no demostró cuál regla de la experiencia, de la ciencia o de la lógica desconoció el Tribunal, ni por qué la verificación de la solidez de las inversiones era responsabilidad exclusiva de las fiduciarias.

Debido a la disposición y al dominio que gerente y subgerente tenían sobre esos dineros, carece de incidencia en este asunto el laudo arbitral que en una controversia particular declaró la responsabilidad de una fiduciaria por la pérdida de unos dineros, máxime si se advierte que la decisión de un tribunal de arbitramento no puede descartar o determinar la responsabilidad penal.

Por lo tanto, se debe desechar el reproche.

Segundo cargo.

También carece de razón el demandante en la atribución al Ad quem de un falso raciocinio en la valoración de los indicios.

La junta administradora de fideicomisos tuvo origen en los contratos de fiducia que se suscribieron antes de la llegada del señor MONCALEANO a la gerencia, pero lo que criticó el Tribunal no fue su creación sino el aprovechamiento de las cláusulas que la preveían, porque se dispuso que estaría integrada por un representante de las fiduciarias con derecho a voz y por dos de la entidad con derecho a voz y voto, lo que permitía al INURBE mantener el control de las inversiones.

Expresamente, el juzgador sostuvo que el gerente y el subgerente del Inurbe desconocieron los acuerdos 04, 15 y 36 de 1996 que establecían que los intermediarios financieros de los recursos destinados para el apalancamiento de planes de vivienda debían estar autorizados para captar dinero del público y estar vinculados a la promoción de la vivienda social.

En las actas de junta directiva no se encontró la fijación de ninguna estrategia para hacer inversiones temporales en cooperativas, ni el órgano director tuvo conocimiento de esas inversiones autorizadas por el gerente ante de producirse el descalabro económico en el mes de marzo de 1997.

Que además concluyera el Tribunal que la junta administradora de fideicomisos no tuvo intervención en la recomendación de inversiones, lo que demuestra que el poder decisorio estaba en manos de los funcionarios de la entidad, permite concluir que el Ad quem no dejó de considerar los argumentos que ahora expone el casacionista, sino que los descartó. Más aún, reprochó que los procesados autorizaran inversiones temporales

con apoyo en resoluciones destinadas a regular las operaciones de apalancamiento de planes de vivienda.

Criticó el casacionista que se dedujera intención ilícita del señor MONCALEANO a partir de las sugerencias que hizo Fabio Bravo Russi sobre algunas inversiones para beneficiar a personas y cooperativas desconocidas por el procesado, lo que además implicaría la complicidad de las fiduciarias que eran las que tenían el dinero en su poder y debían evaluar los riesgos.

El Tribunal estableció la existencia de relaciones entre MONCALEANO y Bravo Russi, de las que dedujo el interés de ambos para depositar dineros del Inurbe en entidades y personas que incumplieron con el pago. Y aunque algunas de éstas no tenían relación con MONCALEANO, los depósitos se hicieron en cumplimiento de sus instrucciones. La conclusión de que éste no sólo fue descuidado al atender las sugerencias de aquél sino que actuó en connivencia, es una inferencia -apoyada en numerosos testimonios- cuya errada construcción no demostró el demandante.

No existió complicidad de las fiduciarias, porque éstas advirtieron del peligro que representaba invertir en cooperativas con escasa solidez financiera y porque la decisión era competencia de la gerencia, que sin embargo insistió en hacerlo. Además, el deber funcional del gerente era ejercer control sobre las inversiones de la entidad, de manera que al disponer el destino de los dineros en abierta oposición a las fiduciarias, a sus subalternos y al propio ministro, asumió la responsabilidad por los negocios realizados.

Para la delegada, la pretensión del recurrente de que se varíe la imputación dolosa formulada a MONCALEANO MONTTOYA no es admisible porque, como bien razonó el fallador, el gerente tenía obligación de actuar de determinada manera y deliberadamente no lo hizo así; procedió en connivencia con Bravo Russi, a quien le reconoció su calidad de estrategia de las finanzas del Inurbe, y se opuso a las

advertencias que diversas personas le hicieron sobre el riesgo de las inversiones. Y aunque ciertamente a STAND OSPINA se le dedujo responsabilidad por culpa, su situación es muy diferente a la de MONCALEANO. Además, el censor se limitó a reclamar un trato igualitario para los dos procesados, sin demostrar ningún error atribuible al Tribunal.

El actuar del procesado, concluye la delegada,

[n]o puede reducirse a un proceder culposo porque simplemente haya incurrido en negligencia en el manejo de los recursos del Inurbe pues en él recaía un deber funcional que evidentemente desconoció, lo que no se representa como culpa sino como dolo. De otra parte, es claro el interés del procesado en las ilícitas maniobras lo que se deduce de diversos hechos, entre ellos la relación que sostenía con Bravo Russi, la omisión en requerir a las cooperativas beneficiarias de justificar los correspondientes préstamos, su actuación en contra de las justificadas advertencias de sus subalternos, el conocimiento que tenía de la debilidad del sector solidario y su insistencia a invertir en él por fuera de las políticas estatales y las mal llamadas autorizaciones de inversión que para todos eran verdaderas órdenes de inversión. Por manera que el gerente Moncaleano Montoya no sólo omitió oponerse a las actuaciones de su subgerente Caicedo Caicedo, sino que con su comportamiento participó activamente en las ilícitas maniobras financieras lo que descarta la modalidad culposa.

Tercer cargo

Se refiere a la supuesta incongruencia entre la acusación y el fallo, porque en éste se dedujeron tres causales genéricas de mayor punibilidad no imputadas en aquélla, lo que permitió al fallador fijar la pena dentro del tercer cuarto punitivo cuando en realidad debió hacerlo en el primero.

La delegada sugiere que por este aspecto se case la sentencia impugnada, pero no en

cuanto al reproche adicional que formuló al amparo de la misma causal segunda respecto del incremento de 9 meses que hizo el Ad quem, porque como no es en la acusación donde se fijan los parámetros para la dosificación punitiva que habrá de hacerse en la sentencia, el yerro debe atacarse por la vía de la causal primera, por violación directa o indirecta de la ley sustancial.

Cuarto cargo

El demandante cuestiona que el Tribunal no le hubiera dado aplicación al inciso 3º del artículo 401 de la Ley 599 del 2000, no obstante que el reintegro parcial de los bienes apropiados se hallaba acreditado.

El reproche no es de recibo, porque de los \$ 43.425'413.332 apropiados se recuperaron \$ 4.254'450.242 pero no por la acción del procesado sino a través de daciones en pago realizadas por Cundicoop, Cooservir y Leasing Financiera Cauca.

El reintegro, según la disposición citada, debe hacerlo el agente por sí o por una tercera persona que obre en su nombre, de manera que no toda reducción del perjuicio se debe tener como restitución sino sólo aquella que provenga de manera mediata o inmediata del agente, pues la ley supedita la rebaja punitiva a que la actividad que haga cesar o disminuir los efectos lesivos provenga del procesado o de alguien que lo haga a su nombre.

Aunque es verdad que con la rebaja de pena se pretende disminuir el perjuicio económico, también es cierto que para poder obtenerla el beneficiario debe tener parte activa en esa restitución, lo que no significa que se exija una determinada intención, como el arrepentimiento.

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha admitido en los delitos contra el patrimonio económico que la disminución punitiva procede siempre que haya restitución

aunque ésta provenga de un tercero que no esté obligado a hacerla y beneficia a todos los copartícipes, en otras oportunidades ha sugerido lo contrario al sostener que en el peculado la rebaja punitiva tiene como propósito estimular al agente del delito para reducir o eliminar los efectos nocivos de su conducta.

Concluye la delegada que el reintegro es idóneo para permitir la rebaja punitiva siempre que se le pueda atribuir al agente, bien porque lo haga directamente o a través de un tercero, condición que no se cumple en este proceso porque el pago lo hicieron algunas cooperativas que recibieron dineros de las fiduciarias.

En todo caso, aún de aceptarse la rebaja de pena, ésta no podrá ser equivalente a la cuarta parte de la pena sino al porcentaje que represente el reintegro frente a la suma apropiada, que en este caso es del 10%.

El cargo, por lo tanto, no debe prosperar.

3. Demanda a nombre de ÉDGAR STAND OSPINA

El cargo principal no debe ser acogido, porque en el proceso sí está probado que para la fecha en que Colahorro debía redimir los CDATs no contaba con la capacidad económica para hacerlo, como se desprende del reporte de la sección de inspección y vigilancia contable del DANCOOP citado en el informe de los investigadores del CTI “Caso Inurbe y Colahorro”.

Ese informe fue objeto de amplia controversia en el transcurso del proceso y fue invocado por la defensa -inclusive en el cargo subsidiario- para apoyar su tesis de la diligencia y cuidado con que actuó STAND OSPINA al constituir los títulos en Colahorro.

También se debe desechar el cargo subsidiario, porque el casacionista no demostró la distorsión que denuncia. El Tribunal no desconoció que el procesado le hubiese solicitado

a DANCOOP información sobre las cooperativas en las que se podía invertir, sino que consideró que no había actuado con la suficiente diligencia porque o bien no analizó la documentación sobre el estado financiero de la cooperativa, o bien no tuvo en cuenta la situación real por la que atravesaba máxime que había sido advertido del riesgo en comunicación que el 2 de mayo de 1996 le dirigió la firma consultora Arthur Andersen.

4. Casación oficiosa

La delegada sugiere que la Corte case de oficio la sentencia en los siguientes aspectos:

- a. Extendiendo el efecto benéfico del fallo a GLORIA CASTRO y a CAICEDO CAICEDO, en cuanto a la redosificación de la pena por no haberse deducido en la acusación las circunstancias de mayor punibilidad que consideró el Tribunal en la sentencia. Esa incongruencia se predica también respecto de MORENO OSPINA y STAND OSPINA, a quienes igualmente se les debe redosificar la pena.
- b. El Ad quem no motivó el incremento punitivo de 9 meses con relación a CAICEDO y MONCALEANO. Tampoco explicó por qué a CASTRO GARAVITO le aumentó igual cantidad al mínimo y a MORENO OSPINA le impuso 96 meses a pesar de señalar que el cuarto de movilidad punitiva partía de 83.5 meses.
- c. Con relación a STAND OSPINA se debe aplicar el principio de favorabilidad, porque fue condenado a una pena privativa de libertad que fue eliminada para ese delito por la Ley 599 del 2000, que cambió el arresto por prisión, de manera que como lo ha hecho la Corte en otras oportunidades se debe fijar exclusivamente las penas de multa e interdicción de derechos y funciones públicas, aunque esta última con el carácter de principal, no de accesoria como erróneamente lo dispuso el Tribunal.

CONSIDERACIONES

1. Demanda presentada a nombre de ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO

Con relación al primer cargo admitido, esto es. el relacionado con la supuesta violación del derecho de defensa porque el Ad quem examinó los argumentos propuestos en su favor de manera conjunta con los que expuso el defensor de MONCALEANO, de manera que no supo las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para confirmar la sentencia de primera instancia, una simple lectura del sector que se ocupó del análisis de la apelación interpuesta por los defensores de los procesados Armando Moncaleano Montoya y Armando Caicedo Caicedo, confrontado el estudio judicial con el realizado por el abogado apelante, permite concluir que el cargo carece por completo de fundamento.

Obsérvese cómo cada una de las afirmaciones de la defensa tuvo cumplida respuesta, según se concluye de la transcripción del aparte correspondiente del fallo que en cada caso se hará:

1) Que el señor CAICEDO CAICEDO estuvo vinculado al INURBE entre agosto de 1996 y abril de 1997, de manera que no intervino en el diseño de las políticas de inversión ni en la escogencia de las fiduciarias.

En ningún momento se ha cuestionado la celebración de los contratos de fiducia pública o encargo fiduciario como causantes directos del descalabro patrimonial sufrido por el INURBE.

Por ende, que dichas convenciones se hubieran celebrado en tiempo anterior al ejercicio de los cargos por parte de Moncaleano Montoya y Caicedo Caicedo ninguna significación o trascendencia reviste, en la medida en que el objeto de la investigación se contrae a la actuación de éstos y otras personas relacionada con las inversiones realizadas en el sector cooperativo cuando se desempeñaban como Gerente y Subgerente Administrativo y Financiero y que condujeron a la pérdida de una suma superior a los cuarenta mil

millones de pesos (\$ 40.000.000.000.00). (Página 50).

2) Que las fiduciarias no podían delegar sus obligaciones y respondían hasta de la culpa leve y a ellas, no a la junta administradora de fideicomisos creada en 1997, le correspondía estudiar los riesgos de esas inversiones.

[s]i por efecto de los contratos de fiducia pública las entidades fiduciarias asumieron una serie de obligaciones, emanadas de la ley y de las estipulaciones convenidas, no significa ello, en modo alguno, que cualquier conducta irregular desarrollada por los altos funcionarios del INURBE con poder decisorio para manejar y disponer de los recursos, con connotación delictuosa, queda subsumida o diluida en una eventual responsabilidad de aquéllas por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de sus compromisos. (Página 39).

3) Que las autorizaciones de inversión en el sector solidario no eran de obligatorio cumplimiento.

De los relatos hechos por tales deponentes, caracterizados por su claridad y coherencia, es dable extractar, por relacionarse con el tema debatido, la alusión que hicieron en relación con la forma como se cumplía el proceso de inversión de los recursos de la entidad estatal afectada en las cooperativas.

Pusieron de relieve cómo la decisión de realizar tales inversiones provenía de las esferas directivas del INURBE, que directamente convenían con las cooperativas las estipulaciones contractuales en sus aspectos esenciales (monto, plazo, intereses, etc.), luego de lo cual libraba a cada una de las fiduciarias las respectivas comunicaciones bajo la denominación de “autorizaciones de inversión”, transmitidas vía fax para que se ejecutaran el mismo día, enviando posteriormente los originales.

Igualmente, hacen énfasis en que, por tales razones y en atención a la naturaleza de las

operaciones, esto es, inversiones temporales específicas, las fiduciarias asumieron siempre tales documentos como verdaderas órdenes, en la medida en que consideraron que la potestad decisoria en esa materia la conservaba la entidad fideicomitente. (Páginas 38 y 39).

4) Que el procesado obró de buena fe al autorizar las inversiones en un sector que para entonces era sólido, los dineros correspondían al giro ordinario de las actividades del INURBE y eran recuperables.

La sentencia, después de recordar que el Acuerdo 15 de 1995 expedido por la Junta Directiva del Inurbe autorizó apalancar los préstamos otorgados por los intermediarios financieros

[s]olamente cuando éstos se utilicen para aplicarlos a finalidades asociadas explícitamente a la ejecución de planes de soluciones de vivienda de interés social, tales como actividades de preinversión, asistencia técnica a entidades territoriales o sus entes descentralizados, en la forma y términos indicados en los artículos séptimo, octavo y noveno del presente Acuerdo (Página 44),

precisó que

No debe caerse en confusión en lo tocante con las operaciones en las que se involucraban los recursos de la entidad. A ese respecto, es preciso destacar que no tenían el mismo carácter las operaciones de apalancamiento o créditos puente y las inversiones temporales, pues mientras que aquéllas apuntaban a lograr por conducto de los intermediarios financieros que las personas interesadas en solucionar sus necesidades en materia de vivienda accedieran a las respectivas líneas de crédito, éstas se orientaban a lograr rentabilidad para evitar la depreciación del capital.

Fue en relación con las primeras que en los textos normativos citados por el defensor de

Moncaleano Montoya se autorizaron las inversiones en las cooperativas que se ajustaran a las exigencias allí indicadas. (Página 46).

Y agregó:

De ninguna manera es dable predicar, como se consigna en la apelación, que actuaron de buena fe, pues la actividad desarrollada en el manejo de los recursos del INURBE revela inequívocamente todo lo contrario, es decir, un desempeño que deliberadamente se orientó a satisfacer intereses ajenos sin importarle para nada la suerte de la empresa a la que debía servir con lealtad y responsabilidad. (Página 52).

Sostener que el sector solidario por la época en que se efectuaron las inversiones era consistente, es una afirmación sin peso específico, pues lo que surge como verdad inconcusa es que en el caso concreto de las cooperativas favorecidas con las aludidas operaciones se omitió en términos absolutos cualquier tipo de estudio o análisis de carácter técnico y financiero, no por negligencias o descuido, sino por querer de los funcionarios de la entidad estatal, resultando a la postre que no contaban con la suficiente solidez para redimir los CDATs que se expidieron a favor del INURBE. (Página 54).

5) Que la motivación del fallo es insuficiente en cuanto a la responsabilidad del señor CAICEDO.

Se dedujo la participación de los inculpatos en la conducta punible contra la administración pública y la consiguiente responsabilidad penal, en calidad de coautores materiales, a partir de un análisis serio y ponderado, con razonada argumentación, de los diversos medios de convicción aportados al plenario, destacándose las autorizaciones de inversión que fueron dirigidas a las fiduciarias para que estas efectuaran las colocaciones en las cooperativas, el informe de inteligencia No. 012 de febrero de 1998 y los testimonios de numerosas personas, como Aura Estella Cubillos, Lucila Gutiérrez Rojas, Consuelo Chacón y Alicia Villegas.

Por ende, no es de recibo la apreciación vertida por el defensor de Caicedo Caicedo, según la cual, en lo concerniente con la atribución de responsabilidad a su prohijado, no hay suficiente motivación en el fallo apelado en cuanto a la indicación de las pruebas que la afectan. (Página 54).

6) Que no se le podía condenar sobre la base de la amistad con el señor Bravo Russi, quien nada tuvo que ver con este asunto.

Deja ver una actuación mancomunada de los dos (MONCALEANO y CAICEDO, se anota) encasillable dentro de la forma dolosa de culpabilidad, de la que no estuvo desligado el influjo de los intereses políticos, pues no de otra manera se explica que propuestas presentadas por las cooperativas para que el INURBE colocara dineros en ellas fueran transmitidas vía fax desde las oficinas de PROSOCIAL, donde fungía como supremo rector Fabio Emiro Bravo Russi, estrategia del movimiento al que aquéllos pertenecían, y que aceleradamente, sin ningún estudio o análisis previo, se librarán a las fiduciarias las autorizaciones en orden a que se efectuaran las inversiones en forma inmediata.

Es altamente revelador, además de figurar en varias de las cotizaciones el nombre de PROSOCIAL, lo relatado por testigos como la doctora Alicia Villegas Trujillo, quien expuso claramente haber conocido un conjunto de cotizaciones similares remitidos desde dicha entidad y haber observado posteriormente con perplejidad que a algunas se las había mutilado la parte donde estaba consignada la constancia de haber sido transmitidos desde las oficinas de aquélla.

En igual sentido, la Dra. Ana Betulia Guzmán, Tesorera del INURBE, manifestó a la Fiscalía el conocimiento que se tenía en el sentido de que a la Gerencia del Instituto llegaban vía fax las instrucciones y órdenes de dónde y a quién se le debía invertir, y que procedían de PROSOCIAL, concretamente de Fabio Bravo Russi. (Página 47).

7) Que admitiendo que se hicieron inversiones no autorizadas, como el procesado no obtuvo ningún beneficio personal, se estaría frente al delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Como corolario del análisis sobre el comportamiento imputado al señor CAICEDO CAICEDO, el Tribunal señaló que

Por lo tanto, no hay lugar a acoger las súplicas del defensor del inculpado Caicedo Caicedo para que se encasille el comportamiento de su prohijado en la modalidad del peculado por aplicación oficial diferente, como tampoco en la de peculado culposo.

Se debe mantener incólume el encuadramiento típico de la conducta endilgada a los dos en el peculado por apropiación a favor de terceros, la que se caracteriza, precisamente, por reportar un provecho a personas distintas al sujeto activo de la conducta, como en efecto ocurrió en el caso sub judice, pues lo cierto es que los dineros situados en las cooperativas, que en gran parte fueron a parar posteriormente a terceros, terminaron por reportar un provecho para éstos, en detrimento del INURBE. (Páginas 55 y 56).

8) Que, en subsidio, se trataría de un peculado culposo que fue el delito imputado al señor STAND, quien desempeñó el mismo cargo que el señor CAICEDO.

De otro lado, que no se le haya brindado a Caicedo Caicedo tratamiento similar al prodigado a Edgard Stand Ospina, a quien en el fallo recurrido se le halló responsable del delito de peculado pero en la modalidad culposa, se explica en que no se trató de una conducta común que los involucrara a los dos.

Ciertamente, desempeñaron los dos el cargo de Subgerente Administrativo y Financiero en diferente época recayendo la imputación objetiva sobre Stand Ospina en la conducta

observada frente a la inversión (...) en la cooperativa COLAHORRO (...) en tanto que a Caicedo Caicedo se le atribuyó responsabilidad por la actuación desarrollada ulteriormente, en relación con inversiones distintas y con designio diferente. (Páginas 54 y 55).

Demostrado, en consecuencia, que no obstante el análisis conjunto de las situaciones de los señores MONCALEANO y CAICEDO, el Tribunal respondió las inquietudes expuestas por el defensor de este último, es evidente que el cargo no está llamado a prosperar.

La segunda censura admitida, esto es, la que critica al Ad quem porque incurrió en falso juicio de existencia respecto de la prueba testimonial –declaraciones de Luis Eduardo Arbeláez y Omar Feris- y documental –oficio dirigido al procesado sobre la capacidad económica de la financiera Avancemos- que demostraban la atención que el señor CAICEDO le prestó a los estudios técnicos y financieros que se realizaban para invertir en las cooperativas y anuló además algunas autorizaciones atendiendo informaciones suministradas por las fiduciarias, también debe ser desestimada por las razones que a continuación se exponen.

Revisada en detalle la sentencia impugnada, se advierte que respecto de la prueba testimonial el cargo carece de fundamento, porque las declaraciones de los señores Arbeláez y Feris sí fueron apreciadas por el Tribunal. Otra cosa es que no hubiera obtenido de ellas las conclusiones que esperaba el recurrente o que no se hubiesen examinado en su integridad, pero en todo caso el falso juicio aducido no se configuró.

Repárese, al efecto, que en la página 38 del fallo, el Ad quem menciona de manera expresa los nombres de Luis Eduardo Arbeláez Sarmiento, de Fiduciaria de Occidente, y Omar Feris Chadid, de Fiduagraria, entre otros altos directivos de las sociedades

fiduciarias, y concluye que

De los relatos hechos por tales deponentes, caracterizados por su claridad y coherencia, es dable extractar, por relacionarse con el tema debatido, la alusión que hicieron en relación con la forma como se cumplía el proceso de inversión de los recursos de la entidad estatal afectada en las cooperativas.

Pusieron de relieve cómo la decisión de realizar tales inversiones provenía de las esferas directivas del INURBE, que directamente convenían con las cooperativas las estipulaciones contractuales en sus aspectos esenciales (monto, plazo, intereses, etc.), luego de lo cual libraba a cada una de las fiduciarias las respectivas comunicaciones bajo la denominación de “autorizaciones de inversión”, transmitidas vía fax para que se ejecutaran el mismo día, enviando posteriormente los originales.

Igualmente, hacen énfasis en que, por tales razones y en atención a la naturaleza de las operaciones, esto es, inversiones temporales específicas, las fiduciarias asumieron siempre tales documentos como verdaderas órdenes, en la medida en que consideraron que la potestad decisoria en esa materia la conservaba la entidad fideicomitente.

Claro que también se refirieron a los temas planteados por el demandante, no mencionados por el Tribunal, lo que configuraría un falso juicio de identidad por la apreciación fragmentaria de la prueba, cuestión en todo caso carente de incidencia como bien lo sostiene la delegada.

Que el Ad quem no haya examinado lo dicho por el señor Arbeláez Sarmiento al folio 62 del cuaderno de instrucción No. 2, en el sentido de que en una ocasión el INURBE aceptó la recomendación que por escrito le hizo la Fiduciaria de Occidente de no efectuar una inversión en Conalsalud por considerarla de alto riesgo, no alcanza a quebrar la estructura del fallo porque, en palabras de la delegada que la Corte comparte,

[l]a situación sólo redundó en no incrementar el monto de las múltiples inversiones que Gerente y Subgerente hicieron en el sector solidario, cuya fragilidad fue puesta de presente de manera reiterada por las fiduciarias (folios 201 y 202 del fallo). Por lo demás, analizada la probanza de manera integral, corrobora que los directivos tenían la disposición y el manejo total de los dineros y conforme a sus órdenes se colocaban en CDATs que presuntamente administraban las fiduciarias y que a la postre no lograron ser redimidos, afectando en forma grave el patrimonio estatal.

Con relación al testimonio del señor Feris Chadid, basta leer lo consignado en el acta correspondiente, folio 134 del mismo cuaderno, para advertir que la afirmación sobre el retiro de la autorización de inversión que hizo el INURBE no fue dicha por el testigo sino por el apoderado de la parte civil en una pregunta en la que, citando comunicaciones del 27 de enero y del 4 febrero de 1997, cuestionaba por qué Fiduagraria sí examinó la estructura financiera de Coodesnal pero no las de otras cooperativas, de modo que si algún error de apreciación probatoria cabe endilgarle al Tribunal no es respecto de este testimonio sino de los documentos a que se refirió el abogado.

De todas maneras, la anulación de la autorización resulta también intrascendente si se advierten dos hechos, puesto uno de presente por el señor Feris Chadid y el otro por la procuradora delegada.

El primero, expresado justamente como respuesta a la inquietud del apoderado de la parte civil, da cuenta de las constantes observaciones que Fiduagraria le hacía al INURBE sobre el peligro de invertir en el sector solidario, al punto que, según el testigo,

[c]asi en cada una de las oportunidades en que el Inurbe ordenó invertir le advirtió a éste sobre los riesgos de la inversión que estaba realizando en el sector cooperativo y le reiteró que la responsabilidad por las inversiones serían del instituto, esto es casi cada

una de las instrucciones de inversión tiene una carta de Fiduagraria advirtiéndole sobre el riesgo.

El segundo lo destacó así el Ministerio Público en su concepto:

[e]l desistimiento de las inversiones citadas para nada varía la construcción de la responsabilidad de Caicedo Caicedo por parte de los sentenciadores pues suscrita la misiva del 4 de febrero de 1997, se acudió a otra fiduciaria -Fidiciar- y el 28 de febrero siguiente se colocaron los dineros en la Cooperativa COODESNAL a través de dos inversiones por la suma de \$ 250'000.000 cada una, y el 27 del mismo mes y año en SIBIFIC (en realidad fue a través de la fiduciaria Sufibic, anota la Sala) otras dos colocaciones por la suma de \$ 500'000.000 (folio 258 primera instancia).

Por último, con relación al oficio que, al igual que los anteriores testimonios, acreditaría que el señor CAICEDO prestaba atención a los estudios e informes financieros para invertir en las cooperativas, aunque es verdad que el Tribunal no lo valoró, su contenido no tiene el alcance que le da el casacionista pues no se refiere a inversiones futuras sino a la posibilidad de recuperar las ya hechas en la Financiera Avancemos, como claramente lo expresa el agente especial del DANCOOP que intervino esa cooperativa:

[e]stamos en un proceso de realización de un cronograma de actividades en el cual se incluye la forma de pago de los títulos de las entidades que han confiado en esta entidad.

Por lo cual, esperamos próximamente poder darle una respuesta en lo que compete a las inversiones realizadas por su importante organización.

Para su tranquilidad, deseamos manifestarle que hay suficientes garantías y activos que nos pueden garantizar en un futuro el retorno de dichas inversiones. (Folio 153 del cuaderno de instrucción No. 1).

Por estas razones, se reitera, el cargo no puede prosperar.

2. Demanda presentada a nombre de ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO MONTTOYA

Primer cargo

El impugnante le atribuye al Tribunal haber incurrido en un falso raciocinio en la construcción indiciaria, pues a partir de las autorizaciones de inversión (hecho indicador) infiere que al gerente y al subgerente del INURBE les correspondía verificar la solidez y el respaldo financiero de las cooperativas, cuando en realidad las fiduciarias no quedaban relevadas de su obligación de efectuar las inversiones previa constatación de la situación financiera, el nivel de riesgo y la solvencia económica de la entidad que recibiría los dineros.

Para destacar el equívoco en que incurre el libelista, que apoya su crítica en la que denomina una jurisprudencia arbitral que a su juicio le serviría de precedente a la Corte Suprema de Justicia, bastaría señalar que justamente en ese laudo se reconoce que la decisión de inversión le compete al fideicomitente y al fiduciario le corresponde asesorar, que es precisamente el punto en que han insistido las instancias al afirmar que las autorizaciones de inversión son verdaderas órdenes como lo expusieron las fiduciarias en la junta del 28 de noviembre de 1996 a que se alude en el fallo arbitral.

Recuérdese, además, lo dicho por el presidente de Fiduagraria S. A., Omar Feris Chadid, en su declaración de folios 126 a 135 del cuaderno de investigación No. 2:

Fiduagraria cumplió las instrucciones que dio el fideicomitente en uso de sus facultades contractuales y atendiendo la obligación de cumplirlas, advirtió al fideicomitente sobre los riesgos del sector en que él decidió colocar sus recursos, advirtió al fideicomitente sobre la poca información existente para realizar un análisis de las cooperativas, advirtió

al fideicomitente que por las características especiales del sector cooperativo y por ser un sector naciente de la economía no era conveniente para él la realización de inversión en dicho sector, y advirtió reiterativamente al fideicomitente que si bien se obraría en cumplimiento de sus instrucciones Fiduciaria no asumiría responsabilidad por inversiones realizadas en el sector cooperativo y reiterándole que dichas inversiones serían de absoluta responsabilidad del fideicomitente. Sobre esto existe gran cantidad de correspondencia que fue aportada a esta fiscalía en visita que realizó a la fiduciaria.

(...)

[c]asi cada una de las instrucciones de inversión tiene una carta de Fiduciaria advirtiéndole sobre el riesgo.

En todo caso, ninguna trascendencia tiene en el sentido de la decisión el error alegado, porque la responsabilidad del señor MONCALEANO no la construyó el Tribunal a partir de la omisión del estudio financiero -que implicaría una conducta negligente- sino de su marcado interés en invertir los recursos en las entidades del sector solidario que con su asentimiento indicaba el señor CAICEDO, aun contra las advertencias que se les hacían desde las compañías fiduciarias.

Y si en una ocasión se reversaron las inversiones dispuestas en Coodesnal precisamente por las inquietudes expresadas por Fiduciaria en comunicaciones del 27 de enero y del 4 de febrero de 1997, lo que permitiría concluir que la asesoría de las fiduciarias era útil e importante, recuérdese que unos días después -el 27 y el 28 de febrero- los recursos (\$ 1.500'000.000) fueron colocados en la misma cooperativa, pero ahora a través de las fiduciarias Sufibic y Fiduciar, lo que revela inobjetable y contundentemente el comportamiento doloso del procesado.

No es verdad, entonces, que, como lo reclama el casacionista,

[a]l demostrarse que (a MONCALEANO MONTOYA, se anota) no le correspondía el estudio y análisis de la solvencia económica, el hecho en el cual se apoya la inferencia desaparece y con él queda sin soporte la imputación

pues no fue esa la base en que se sustentó el reproche penal, o por lo menos no la única.

En varios hechos indicadores -dice la procuradora delegada en afortunada síntesis- se fundó el sentenciador: la aquiescencia y participación del gerente para expedir las cuestionadas autorizaciones de inversión; su verdadera naturaleza de órdenes de inversión, según las entidades financieras lo expresaron al mismo gerente; la extraña celeridad para los desembolsos sin el requerimiento de pruebas sobre la solidez de las cooperativas favorecidas por los préstamos; la relación política y de amistad entre un particular extraño al Inurbe -Fabio Emiro Bravo Russi- a quien Moncaleano Montoya calificó como el “estratega” de las inversiones de la entidad; y la exigencia a las cooperativas que solicitaban los créditos a las fiduciarias -ya tardía y cuando el escándalo era evidente- de un informe sobre sus reales posibilidades de asumir el crédito con seguridad. Éstos hechos y otros más llevaron al sentenciador a establecer que la responsabilidad por el manejo de las inversiones recaía en el gerente del Inurbe Moncaleano Montoya.

La censura, en consecuencia, no será acogida.

Segundo cargo

Consiste en que el Tribunal no aceptó la imputación culposa, debido a los plurales errores de hecho en que incurrió por contrariar los preceptos de la sana crítica.

Los tres yerros que en ese sentido denuncia carecen de fundamento, como se verá a continuación.

1) En primer lugar, dice que de la Resolución 01 de 1997 expedida por el gerente del INURBE para integrar la junta administradora de fideicomisos con dos miembros de la entidad con voz y voto y uno de la fiduciaria sin derecho a voto, dedujo el Ad quem la pretensión de aquél de mantener el control de las inversiones.

El argumento encubre una especulación, agrega, porque la integración de la junta no la determinó el gerente sino que se dispuso en los contratos de fiducia suscritos antes de que MONCALEANO asumiera el cargo, y el dominio de los bienes no se mantiene por corresponder a una estrategia malévola sino porque así lo establece la Ley 80 de 1993 en esa especie de contratos.

Sin embargo, es el mismo laudo arbitral que el demandante transcribe el que advierte que

[s]ólo hasta la expedición de la resolución 001 de 1997 se constituyó como tal la Junta Administradora del Fideicomiso, de suerte que lo que antes funcionó era una junta general, cuyo objeto no se hallaba claramente definido, en razón de lo cual terminó ocupándose de los diversos temas.

De todas maneras, lo que quería significar el Tribunal, en respuesta a la afirmación que hizo el defensor al recurrir la sentencia de primera instancia en el sentido de que MONCALEANO MONTOYA reglamentó por primera vez el funcionamiento de la junta del fideicomiso, era que si bien mediante la resolución 01 de 1997 se creaba la junta -como en efecto se lee en el artículo 1º del texto visible al folio 90 del cuaderno de instrucción No. 3- ello no variaba de manera sustancial las políticas que se venían desarrollando porque el poder decisorio lo conservaba el instituto, como en efecto ocurrió según lo que se ha dejado consignado antes.

De otro lado, una cosa es que la propiedad de los recursos del fideicomiso continúe radicada en cabeza del fideicomitente, y otra bien diferente que sus funcionarios -según ha quedado demostrado- conservaran el control de las

inversiones.

2) Que la inversión en cooperativas estaba autorizada por el acuerdo 4 de 1996, de manera que no se requería aprobación de la junta administradora del fideicomiso y, por lo tanto, las inversiones no se tornaron ilegales a partir de la vigencia de la resolución 01 de 1997, es una afirmación de la defensa que confunde las diversas clases de colocación de recursos que hacía el INURBE, tema bien aclarado por el Tribunal cuando expuso:

No debe caerse en confusión en lo tocante con las operaciones en las que se involucraban los recursos de la entidad. A ese respecto, es preciso destacar que no tenían el mismo carácter las operaciones de apalancamiento o créditos puente y las inversiones temporales, pues mientras que aquéllas apuntaban a lograr por conducto de los intermediarios financieros que las personas interesadas en solucionar sus necesidades en materia de vivienda accedieran a las respectivas líneas de crédito, éstas se orientaban a lograr rentabilidad para evitar la depreciación del capital.

Fue en relación con las primeras que en los textos normativos citados por el defensor de Moncaleano Montoya se autorizaron las inversiones en las cooperativas que se ajustaran a las exigencias allí indicadas. (Página 46).

El artículo 1º del acuerdo 4 de 1996 a que alude el casacionista, como ya lo había dicho el apelante al que respondió el Ad quem en los párrafos anteriores, modificaba justamente el artículo 2º del acuerdo 15 de 1995 que reglamentaba las operaciones de apalancamiento del INURBE a intermediarios para el otorgamiento de créditos relacionados con la adquisición de vivienda, en términos de lo dispuesto en el literal d) del artículo 12 de la Ley 3ª de 1991, según el cual

ARTICULO 12. Para el desarrollo de su objeto el INURBE cumplirá las siguientes funciones:

(...)

d) Otorgar crédito a municipios, Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, organizaciones populares de vivienda y entidades ejecutoras, a través de intermediarios financieros o con garantías bancarias, para el desarrollo de programas de soluciones de vivienda de interés social;

Las inversiones temporales, se insiste, no estaban reguladas por los acuerdos expedidos por la junta directiva del INURBE, de manera que obviamente estos acuerdos no las autorizaban.

3. Sostiene, por último, que sólo podría aceptarse que a raíz de las sugerencias de Bravo Russi se autorizara invertir en cooperativas sin ningún vínculo con MONCALEANO para que éstas prestaran los dineros a personas que tampoco lo conocían y defraudaran al INURBE no pagándolos, si se admitiera también que las fiduciarias formaban parte del complot, porque eran las que tenían el dinero en su poder y las que debían evaluar los riesgos.

Poco habrá que agregar a lo que ha quedado dicho para hacer evidente la apariencia del argumento que construye el demandante -del que se concluiría que como la sentencia declaró que las fiduciarias no tenían responsabilidad, entonces tampoco MONCALEANO pretendió favorecer a nadie- pues ya se demostró que las fiduciarias estaban compelidas a invertir en las cooperativas que los directivos del INURBE señalaran y que, pese a las advertencias de las fiduciarias sobre los riesgos de las inversiones, MONCALEANO y CAICEDO impusieron siempre su voluntad aún en los casos en los que aparentemente reversaron algunas operaciones.

No acreditados los yerros denunciados, es evidente que la pretensión casacional de variar la imputación dolosa a otra de carácter culposa no será acogida por la Sala.

Tercer cargo

Tiene razón el demandante en cuanto al reproche que al amparo de la causal segunda de casación formuló porque la sentencia no está en congruencia con la acusación respecto de las circunstancias de mayor punibilidad.

En efecto, como lo recuerda el recurrente, desde el fallo del 23 de septiembre del 2003, radicado 16.320, la Corte ha exigido que en la acusación se le imputen al procesado fáctica y jurídicamente las circunstancias de mayor punibilidad, pues de lo contrario no podrán ser consideradas en la sentencia.

Por esta razón, la Sala casará en ese sentido el fallo impugnado.

Lo que sí resulta equivocado es que desde la misma perspectiva se critique el incremento de 9 meses que sin ninguna motivación, según el censor, dedujo el fallador, porque no se trata de un problema de congruencia entre la acusación y la sentencia, en tanto la fijación de la pena en atención a los criterios indicados en el artículo 61 del Código Penal se hace exclusivamente en el fallo y nada tiene que ver con las consideraciones expuestas en el vocatorio a juicio.

Cuarto cargo

Para el casacionista, los juzgadores violaron de manera directa la ley sustancial porque si se recuperaron más de cuatro mil millones de pesos gracias a las daciones en pago que hicieron algunas cooperativas, procedía la rebaja punitiva prevista en el artículo 401 de la Ley 599 del 2000 porque la finalidad de la disposición es estimular la recuperación de los bienes perdidos por el Estado, independientemente de que ese reintegro sea efectuado por terceros.

El argumento ofrecido por el censor no es de recibo, porque no se aviene con el claro

sentido que se desprende de la norma que invoca en respaldo de su tesis.

Así dice el artículo 401 de la Ley 599 del 2000:

ART. 401. Circunstancias de atenuación punitiva. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

Que el reintegro lo haga el agente, por sí o por tercera persona, indudablemente significa que entre la acción de reintegrar y el sujeto activo de la infracción existe una relación, bien sea directa o mediada por un tercero que, en todo caso, actúa por él, sea como mandatario o no, pero no independientemente de él.¹

Esa relación se predica en todos los supuestos contemplados por la norma, esto es, tanto si el reintegro es total como si es parcial. La diferencia entre uno y otro radica en que, como lo ha señalado la Corte, en el primero la disminución de pena opera ipso iure, pero en el segundo la rebaja se hará de manera proporcional según el monto del reintegro y teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 61 del Código Penal.²

De esta distinción surge, justamente, un argumento que apoya la tesis que acaba de exponerse sobre el vínculo sujeto activo-reintegro, pues si se admitiera que la reparación puede ser hecha por cualquier persona o inclusive que fuera producto de la actuación de las autoridades de policía –que recuperen la totalidad o parte de lo

apropiado- o de las acciones judiciales que hubiere emprendido la entidad afectada, no se vería razón que justifique que si en estos últimos eventos la acción externa al procesado logra el reintegro total, éste se beneficie automáticamente con la rebaja prevista en la ley; pero si la misma acción no es plenamente satisfactoria se deban examinar la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes y la personalidad del procesado.

Precisamente, si lo que se pretende con la previsión legal es “crear un estímulo punitivo para tratar de lograr que el Estado recupere, al menos parcialmente, los bienes de los cuales fue despojado”, como lo reconoce el demandante, debe existir una relación causal estímulo-reintegro que no es predicable cuando éste lo hace una persona ajena por completo a quien habría de beneficiarse de la rebaja punitiva.

Como en este caso la cuantía de lo apropiado se vio disminuida no por la acción del señor MONCALEANO MONTTOYA o de un tercero que actuara en su nombre sino por la conducta independiente de algunas cooperativas que entregaron bienes como dación en pago, es claro que la norma no era aplicable y, por lo tanto, no incurrió el Tribunal en la violación directa de la ley sustancial denunciada por el casacionista.

En consecuencia, se desestima el reproche.

3. Demanda presentada a nombre de ÉDGAR STAND OSPINA

Primer cargo

Recuérdese que en él se critica el fallo por ser producto de un falso juicio de identidad, porque el Ad quem le hizo decir a un informe del CTI algo que no expresaba, esto es, que para los días 12 y 14 de septiembre de 1996, Colahorro no contaba con la liquidez suficiente para que las obligaciones fueran redimidas y por eso fue necesario prorrogarlas.

Y como el punto no fue solucionado por otras pruebas que se ordenaron pero no se practicaron, si el Tribunal no hubiera incurrido en ese yerro habría tenido que darle aplicación al artículo 7º del Código Penal y absolver al procesado.

El ataque no tiene vocación de prosperidad, porque el error denunciado no existió; es decir, porque el juzgador no distorsionó el contenido de la prueba, como fácilmente se advierte al comparar los textos correspondientes.

Dijo el Tribunal:

En lo tocante con el planteamiento de la defensa, en el sentido de que si bien se produjo un resultado lesivo para las arcas del INURBE no se le puede imputar a Stand Ospina sino a los directivos (Armando Moncaleano Montoya y Armando Caicedo Caicedo) que al vencimiento del plazo de los títulos emitidos por COLAHORRO en lugar de obtener su redención decidieron prorrogar las inversiones, dando lugar, a su modo de ver, a nuevas transacciones de las que dimanaron los CDATs cuyo pago es objeto de reclamación, no lo comparte la Sala.

En efecto, debe puntualizarse que la colocación de los dineros en la referida cooperativa se desprendió de la autorización impartida por Stand Ospina, cuando ejercía el cargo de Subgerente Administrativo y Financiero, y fue esa conducta la que desencadenó el resultado dañoso en detrimento de la entidad estatal, pues es claro que si la posterior administración dispuso la prórroga de las inversiones se debió simple y llanamente a que los primeros CDATs no fueron redimidos por la mala situación económica de la cooperativa, a tal punto que para esa época no contaba con capital de trabajo ni siquiera para poder cumplir con el pago de intereses corrientes de los mentados títulos, según el reporte de la Sección de Inspección y Vigilancia contable del DANCOOP citado en el informe de la misión de trabajo “CASO INURBE Y COLAHORRO” rendido por investigadores del CTI, en precedencia resaltado.

Y en ese informe, presentado el 1º de marzo de 1999 y visible a folios 90 a 106 del cuaderno de instrucción No. 16, se lee:

CICLO DE LAS INVERSIONES DEL INURBE

Las captaciones de dineros del Inurbe, tienen su origen en las AUTORIZACIONES, Números: 183 de junio 12/96 y 217 de junio 14/96 que fueron remitidas por el Subdirector Financiero EDGAR STAND y a partir de julio de 1996 hasta 1997 el nuevo Subdirector Financiero Dr. ARMANDO CAICEDO CAICEDO, realizó las respectivas prórrogas según consta en el informe que a continuación discriminamos por cada una de las autorizaciones recibidas por COLAHORRO y que no fueron Redimidos los CDATS.

(...)

1- El Dancoop en los informes de la Sección de Inspección y Vigilancia Contable, establece que Colahorro no tenía capital de trabajo, para el desarrollo normal de sus operaciones, al punto que su portafolio de CDATS, con entidades del Estado, debiendo Prorrogar varias veces durante todo el año 1996 y 1997, incluyendo los intereses, ya que no tenía capital de trabajo, para poder cumplir con los simples intereses corrientes de los CDATS del INURBE, tal como consta en las autorizaciones que se relacionan en el presente cuadro de renovaciones de los títulos y que aún hoy 1999, no se han podido redimir.

La censura, por lo tanto, carece de fundamento.

Segundo cargo

Reprocha el demandante la distorsión del informe del CTI porque el Tribunal afirma que

[e]l procesado o no realizó el análisis de la documentación aportada a objeto de establecer

la situación financiera de COLAHORRO o, en el evento de haberlo hecho, pasó por alto el real estado de la cooperativa...

no obstante que en ese estudio los investigadores afirmaron que el señor STAND solicitó y obtuvo información del Dancoop sobre las cooperativas que podían captar dineros de terceros y las condiciones para ello y, específicamente con relación a Colahorro,

[s]e localizó dentro de la Carpeta en el año de 1995 y primer trimestre de 1996, el Balance de 1995 de los Resultados Financieros de Colahorro, con base a los anteriores se encontró el análisis de los principales Indices Financieros: Capacidad de Endeudamiento, Capital de Trabajo, Liquidez y o Solvencia y Solidez Empresarial; que anexamos al presente informe.

El yerro, como se ve, no existió porque el Tribunal no hizo una afirmación rotunda sino que estableció una disyuntiva: o no analizó los documentos, o los analizó pero no tuvo en cuenta el real estado de la cooperativa. Y a esa conclusión llegó, después de exponer los siguientes argumentos:

- 1) Que STAND OSPINA no atendió la advertencia que le hizo la gerente de La Previsora en el mes de abril de 1996, quien no consideraba un riesgo adecuado invertir en cooperativas. Sin embargo, los días 12 y 14 de junio del mismo año autorizó invertir en Colahorro, aunque a través de una fiduciaria diferente, Sufibic.
- 2) Que según el cuadro de análisis comparativo de los estados financieros de la cooperativa que se incluyó en el informe del CTI, su patrimonio en 1995 fue de \$ 461'170.000, de manera que no contaba con solidez suficiente para que en ella se invirtieran los \$ 1.400'000.000 que autorizó el procesado.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Sobre la casación oficiosa

La procuradora delegada solicitó que la Sala se pronunciara de oficio sobre tres temas:

En primer lugar, que también respecto del señor CAICEDO CAICEDO se desechen las circunstancias de mayor punibilidad que dedujo el A quo, según las consideraciones que se dejaron expuestas al examinar el tercer cargo de la demanda presentada a nombre del señor MONCALEANO MONTTOYA, y se redosifique la pena impuesta. Además, que se extiendan los efectos benéficos del fallo a los señores STAND OSPINA, CASTRO GARAVITO y MORENO OSPINA.

Como en realidad a todos los procesados el Ad quem individualizó la pena teniendo en cuenta esas imputaciones no formuladas en la acusación, es procedente excluirlas y realizar de nuevo esa tarea, excepto con relación al señor MORENO OSPINA, en cuyo favor habrá de declararse prescrita la acción penal.

En segundo término, que se supriman las cantidades punitivas que se sumaron al mínimo previsto en cada caso, porque el juez incumplió su deber de motivar el incremento vulnerando así el principio de legalidad de la pena consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Ciertamente, el A quo, avalado por el Tribunal, que nada dijo al respecto, después de fijar el ámbito de movilidad punitiva entre 171 meses 1 día y 220 meses 15 días para los procesados CAICEDO y MONCALEANO, sin explicar por qué concluyó que la pena a imponer era de 180 meses por el delito base, la que incrementó en 12 más por el concurso, desconociendo así el claro precepto contenido en el artículo 59 de la Ley 599 del 2000, según el cual

Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

En la misma omisión incurrieron los falladores en relación con los demás procesados, yerro que la Corte también habrá de corregir.

La tercera propuesta de intervención oficiosa se refiere a la pena de arresto que se le impuso al señor STAND OSPINA, que si bien estaba prevista en el Decreto 100 de 1980, fue suprimida por la Ley 599 del 2000.

Sobre el tema, dijo la Corte en sentencia del 1º de junio del 2005, radicado 23.132:

Resulta necesario precisar que ante la eliminación de la pena de arresto para los delitos contenidos en la parte especial del actual estatuto punitivo, no hay lugar a imponer pena privativa de la libertad porque, en virtud del principio de favorabilidad, no es posible aplicar una pena que no está contenida en la norma que describe y sanciona la conducta respectiva, ni tampoco la contenida en el actual Código Penal no sólo porque resultaría evidentemente más gravosa que la dispuesta en la legislación derogada, sino porque sólo puede ser aplicada a delitos cometidos dentro de su vigencia.

Un nuevo examen del punto, sin embargo, lleva a la Sala a reconsiderar esa tesis, para sostener ahora que como en todo caso, tanto en el anterior Código Penal como en el actual, la ley previó pena privativa de libertad para el peculado culposo, debe mantenerse la de arresto aunque disminuida su cantidad, como se detallará adelante.

En efecto, si en aquella legislación el hecho estaba sancionado con arresto y en la de hoy con prisión, se debe partir de que el legislador quiso hacer más severas las consecuencias punitivas incrementando cualitativamente la medida corporal.

En este evento, sin embargo, entran en pugna la normatividad pretérita y la actual, conflicto de leyes que impulsa hacia la pasada para utilizarla ultractivamente pues es más benéfica que aquella que ahora rige el tema.

Como es claro, en los dos articulados se ha previsto pena privativa de la libertad, que, por tanto, se debe sostener pues en estricto sentido no hubo despenalización radical. Y como la anterior es menos gravosa que la vigente, a ella se debe acudir.

Conclusiones

En síntesis, la Corte no casará la sentencia con apoyo en los cargos formulados por los recurrentes, con excepción del tercero propuesto en la demanda a nombre del señor MONCALEANO MONTOYA, que se declara probado. Por tal virtud, y como además acoge parcialmente las sugerencias de casación oficiosa que propuso la señora procuradora delegada, se revisarán las penas impuestas a los procesados.

ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO MONTOYA

El inciso 1º del artículo 397 de la Ley 599 del 2000 establece para el peculado por apropiación pena de prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de libertad.

Pero como el valor de lo apropiado supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumentará hasta en la mitad, esto es, hasta 22.5 años de prisión como lo indica el numeral 2º del artículo 60 del mismo estatuto.

Dividido en cuartos el ámbito punitivo de movilidad, que corresponde a 198 meses, el mínimo oscila entre 72 y 121.5 meses; los medios entre 121.5 y 220.5 meses y el máximo entre 220.5 y 270 meses.

Eliminada cualquier consideración sobre las circunstancias de mayor punibilidad indebidamente deducidas en la sentencia, como se expresó al declarar probado el tercer

cargo, la pena debe enmarcarse en el cuarto mínimo, es decir, entre 72 y 121.5 meses de prisión.

Como tampoco podrá tenerse en cuenta el incremento que sobre el mínimo dedujo la instancia porque se infringió el artículo 59 del Código Penal, la pena que correspondería por un delito de peculado por apropiación sería 72 meses, la que habrá de aumentarse en 12 más en razón del concurso homogéneo, como lo dispuso el A quo, para un total de 84 meses de prisión. La pena de multa será la misma impuesta en los fallos de instancia, es decir, 300 salarios mínimos legales mensuales.

En cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la Corte reitera y da exactitud parcial al criterio expuesto en la sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 20.944, en la que expresó:

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.

La precisión que se quiere hacer se vincula con la última parte de la transcripción realizada. En efecto:

Cuando un Servidor maltrata dolosamente el patrimonio del Estado, por mandato constitucional queda inhabilitado a perpetuidad para desempeñar funciones públicas, consecuencia esta que, como se expresó, no necesariamente debe estar incluida en la sentencia, pues dimana inmediatamente de la Carta. Ello, desde luego, no se opone a que pueda ser recordada.

Esa imposibilidad de rango superior, sin embargo, no coincide exactamente con la inhabilidad a la que se refiere el Código Penal pues de acuerdo con el artículo 44 de este, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas,

Priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.

Así el asunto, si el tipo penal correspondiente porta como pena principal también la de inhabilitación -como sucede con el peculado por apropiación, según el artículo 397, y con el peculado culposo, conforme con el artículo 400-, esa sanción implica impedimento para elegir y ejercer cualquier derecho político, dignidad y honor procedente de las entidades oficiales, durante un tiempo igual al de la pena corporal.

Y por imposición constitucional, se dijo, el autor o partícipe que haya causado daño al

patrimonio del Estado, como ocurre en este asunto, queda impedido para desarrollar funciones públicas por siempre.

En consecuencia, se declarará que el señor MONCALEANO MONTOYA queda inhabilitado a perpetuidad para el ejercicio de funciones públicas, e inhabilitado por el término de 84 meses para elegir y ejercer cualquier derecho político, dignidad y honor procedente de las entidades oficiales.

ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO

Como su situación es en todo idéntica a la del señor MONCALEANO, por las mismas razones que se tuvieron en cuenta respecto de éste se le fijará la pena en 84 meses de prisión y de inhabilitación a la luz del Código Penal, así como inhabilitación permanente para ejercer funciones públicas, y multa por 300 salarios mínimos legales mensuales, como se determinó en el fallo de instancia.

ÉDGAR STAND OSPINA

Inicialmente debe aclararse que, teniendo en cuenta que el señor STAND OSPINA realizó la conducta punible en ejercicio de sus funciones de servidor público, el término de prescripción de la acción penal –que para el peculado culposo en la etapa del juicio es de 5 años- se incrementa en una tercera parte como lo ordena el inciso 5º del artículo 83 del Código Penal, para un total de 6 años y 8 meses que aún no se han cumplido, porque la resolución acusatoria quedó en firme el 30 de agosto del 2000.

Ahora bien. Con relación a las penas de arresto y multa, fijadas por el A quo en 19.5 meses de arresto y 50 salarios mínimos legales mensuales porque encontró reunidas cuatro circunstancias de mayor punibilidad que no le fueron deducidas en la resolución acusatoria, lo que impedía que se consideraran en la sentencia, se le impondrá el mínimo previsto en la ley, esto es, 6 meses de arresto y 10 salarios mínimos legales

mensuales. Así se procederá también respecto de la de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que se fijará en 6 meses.

GLORIA CASTRO GARAVITO

A la señora CASTRO, como ya se dijo, no se le dedujeron en la resolución acusatoria circunstancias de mayor punibilidad, de manera que no podían ser consideradas en la sentencia como lo hizo el A quo para establecer los cuartos medios de movilidad punitiva; tampoco se le imputó el concurso de conductas punibles, y el juez no expresó las razones por las que no partió del mínimo en la tarea de fijación de la pena.

Adicionalmente, se le rebajó la cuarta parte de la pena en virtud de la interpretación vigente para la fecha de la sentencia del inciso 3º del artículo 30 del Código Penal, superada posteriormente por la Sala al precisar que la reducción no es aplicable a los determinadores ni a los cómplices, como se expuso en la sentencia del 15 de junio del 2005, radicado 20.528:

Como de conformidad con la jurisprudencia vigente de la Sala, la reducción de la cuarta parte de la pena prevista para el interviniente “que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurra en su realización”, sólo es aplicable al “coautor de delito especial sin cualificación”³, en este caso no hay lugar a su consideración con miras a la determinación del máximo punitivo previsto en la ley para el delito especial imputado a los particulares, toda vez que a unos se les atribuyó como determinadores y a otros como cómplices.

Por lo tanto, debe la Sala hacer ahora los ajustes pertinentes sin afectar, claro está, la mencionada disminución, porque se violaría la prohibición de reforma peyorativa.

En consecuencia, la pena de 72 meses que igualmente se ha tenido como base respecto de los demás procesados se rebajará en una cuarta parte, correspondiéndole

en definitiva 54 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La cuantía de la pena de multa no será modificada, pues la Sala comparte las consideraciones que para fijarla en 500 salarios mínimos legales mensuales expuso el fallador de primer grado.

MIGUEL ALBERTO MORENO OSPINA

Dado que el peculado por apropiación tiene prevista una pena máxima de 22.5 años de prisión según lo dispone el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, el máximo imponible se reduce en una sexta parte por la complicidad –como lo enseña el numeral 5º del artículo 60 del Código Penal- esto es, a 18 años, que rebajados en una cuarta parte por el artículo 30 ibídem dan 13.5 años.

En consecuencia, el término de prescripción de la acción penal en la etapa del juicio –que equivale a la mitad de la pena máxima que acaba de determinarse- es de 6 años y 9 meses, lapso que en este caso se cumplió el 13 de enero del 2006 porque la resolución acusatoria alcanzó firmeza el 13 de abril de 1999.

Por lo tanto, se declarará prescrita la acción penal y se ordenará cesar todo procedimiento en su contra por el delito de peculado por apropiación que en calidad de cómplice se le había imputado en la resolución acusatoria.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. No casar la sentencia con base en las demandas presentadas por los defensores de los señores ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO y ÉDGAR STAND OSPINA.

2. No casar la sentencia con fundamento en la demanda de casación formulada a nombre del señor ARMANDO RICARDO FÉLIX MONCALEANO MONTOYA, con excepción del cargo tercero, que se declara probado.

En consecuencia, se casa parcialmente -y también de oficio- la sentencia impugnada, para fijar la pena en siete (7) años de prisión, multa por valor de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, 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 un concurso homogéneo de peculados por apropiación.

3. Casar parcial y oficiosamente la sentencia con relación a los coprocesados ARMANDO RODRIGO CAICEDO CAICEDO, ÉDGAR STAND OSPINA y GLORIA CASTRO GARAVITO. Como consecuencia de esta decisión, se dispone:

a. Condenar al señor CAICEDO CAICEDO a la pena de siete (7) años de prisión, multa por valor de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, 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 un concurso homogéneo de peculados por apropiación.

b. Condenar al señor STAND OSPINA a las penas de seis (6) meses de arresto y 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.

c. Condenar a la señora CASTRO GARAVITO a la pena de 54 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa por valor de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, como determinadora de peculado por apropiación.

4. Declarar prescrita la acción penal que por el delito de peculado por apropiación a título de cómplice se adelantaba contra MIGUEL ALBERTO MORENO OSPINA y, en consecuencia, ordenar la cesación de todo procedimiento.

En lo demás, rige el fallo de segunda instancia.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

No hay firma

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento parcial de voto

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN
BARÓN

MARINA PULIDO DE

Salvamento parcial de voto

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

Salvamento parcial de voto

(Casación No. 22.263)

Como lo expresé en Sala, salvo el voto respecto de dos temas:

1. La prescripción.

Tratándose de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, en varias ocasiones he afirmado lo siguiente, que ahora reitero:

1) Porque no estoy de acuerdo con la última postura de la Sala, de acuerdo con la cual en el juicio, mínimo, la acción prescribe en seis años y ocho meses, cuando se trata de servidores del Estado involucrados en la ilicitud. Mantengo la opinión que plasmaba la Corte anteriormente.

En efecto, frente a funcionarios que delinquen en ejercicio de sus funciones, la acción penal prescribe en el máximo previsto en el tipo, aumentado en una tercera parte, operación aditiva que se hace desde el comienzo, inclusive en aquellos supuestos en los cuales el tope sancionatorio es inferior a cinco (5) años. Es decir, no se puede sectorizar el análisis para hacer uno en la instrucción y otro en el juicio.

En casos como este, los tres delitos de los cuales se habla (receptación -para la señora Navarro-, peculado y falsedad) estarían prescritos, si se tiene en cuenta que la acusación adquirió ejecutoria el 6 de mayo del 2000.

2) De otra parte, para recabar en lo mismo, no se puede olvidar lo siguiente:

Si los hechos ocurrieron mucho antes del 25 de agosto del 2004 (hacia 1998), fecha en la cual la Corte -en contra de los intereses de los procesados- cambió su criterio sobre la operación que se debe hacer para efectos de la prescripción de la acción, es apenas obvio que se ha debido resolver el punto con fundamento en la tesis judicial que

por importante tramo acompañó el decurso del proceso y que resulte más benigna para el procesado.

Se hace esta precisión con fundamento en que, como frente a la ley, y con mayor razón, en todo caso se debe aplicar la jurisprudencia favorable, ya por retroactividad, ya por ultractividad, incluido el fenómeno conocido como “jurisprudencia intermedia”.

Es cuestión de apreciar en toda su integridad e intensidad el principio de favorabilidad que debe operar, siempre, también, y especialmente, en materia de tránsito de jurisprudencia. Y con ello, naturalmente, la acción por los ilícitos mencionados está prescrita.

Y no se diga que es imposible porque la variación de la jurisprudencia es viable sólo en materia de revisión, por cuanto esta opera cuando el cambio favorable sucede después de la ejecutoria de la sentencia.

Si la transformación ocurre dentro del proceso, sin duda, es imperativo entrar en el debate de cuál de los criterios jurisprudenciales es más favorable.

En síntesis, si durante el desarrollo de un proceso penal surgen varios criterios jurisprudenciales, al final el juez debe acoger, por cualquiera de las vías de la permisibilidad, aquél que sea mejor para el procesado, lo mismo que se hace en torno de la benignidad de la “ley”.

2. La favorabilidad.

La Sala ahora varía su postura, que con razón de sobra venía repitiendo por mayoría.

Sigo con el criterio anterior, por ejemplo el que se cita en la página 72 de esta sentencia de casación.

Es obvio que sin una ley preveía pena de arresto que el legislador torna en prisión, en principio se debería aplicar la primera por favorabilidad respecto de la segunda.

Pero lo que no es posible es mantener como sanción una medida que desapareció en el nuevo Estatuto Penal.

Así el asunto, no es viable la retroactividad -fijar prisión-, por su carácter odioso; ni la ultractividad -determinar arresto-, porque el arresto fue suprimido y, por tanto, no puede permanecer sin regulación.

Mínimo, suena extraño que a una persona se le someta a una pena carente de reglamentación. No sé cómo se pueda hacer. Pero se hizo.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

1 En este sentido debe entenderse la contundente afirmación que hizo la Sala en la sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 22.778: “No obstante, como de tiempo atrás lo tiene establecido el precedente de la Sala y surge del obvio entendimiento de la naturaleza del reintegro como comportamiento que depende de la exclusiva voluntad del procesado, se repite, las reducciones de pena que esa actuación genera no afectan los extremos punitivos fijados por el legislador y, por tanto, tampoco inciden en el término prescriptivo.

2 Sentencias del 29 de mayo del 2000, radicado 16.441 y del 13 de octubre del 2004, radicado 22.778.

3 Sentencia del 25 de agosto de 2003, rad. 20.704, M.P., Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.