

Proceso No 22797

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 06

Bogotá, D.C., veinticuatro de enero del año dos mil siete.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la cual la condenó por el concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad material en documento privado y falsedad material en documento público.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquéllos, ocurridos en Neiva, fueron declarados por el juzgador a quo, de la manera siguiente:

“El 8 de mayo de 2002, el subgerente administrativo y financiero de la Empresa Electrificadora del Huila, Humberto Ramírez Cruz, formula denuncia penal, informando que la oficina de control interno pudo establecer serias anomalías en el recaudo de dinero correspondiente a los pagos mensuales que deben adelantar los usuarios por la prestación del servicio de electricidad, hallándose inicialmente por ejemplo que la cuenta de la hacienda La Dominga, con factura No. 0118365, aparecía cancelada en el sistema

pero sin que existieran los respectivos soportes de pago por valor de \$ 2.501.140, correspondiente al servicio del mes de marzo de 2001, el averiguatorio disciplinario no estableció funcionarios implicados, pero concluyó con la terminación del contrato de trabajo del señor Luis Gabriel Cubides.

“Con base en esta denuncia se inició indagación preliminar y al recibirse declaración a varios usuarios, surgieron cargos en contra de personas que laboraban en la Electrificadora del Huila, como también ajenas a la empresa. Se estableció en tal proceso investigativo que, Rosa Inés Fajardo Perdomo, empleada de la Electrificadora, encargada de digitar los pagos o cupones, quien tiene terminal y clave secreta, su trabajo consistía en digitar para incorporar los pagos efectuados por los usuarios, indicando el código del banco, extracto o consecutivo, la fecha del reporte, el número de consignación, el valor, la fecha de grabación del pago, luego debía elaborar el reporte. Confrontado el informe de recaudo el 30 de abril, emitido el 7 de mayo, se estableció una considerable diferencia, pues 3 valores no se encontraban en el primer informe por cantidades de \$418.890, \$5.024.040 y \$2.501.140, tales consignaciones fueron ingresadas al sistema pero el dinero no ingresó a la empresa”.

2.- Asumido el conocimiento del asunto por la Fiscalía Quinta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito con sede en Neiva dispuso la formal apertura de investigación (fl. 10 cno. 1) y la consecuente vinculación mediante indagatoria de HERNÁN JAVIER FARFÁN HORTA (fls 11 y ss. cno. 1), ÓSCAR IBAGÓN IBAGÓN (fls. 71 y ss-1), ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO (fl. 76 y ss-1), FABIO VELÁSQUEZ DÍAZ (fl. 87 y ss-1), HERMENCIA MEDINA TORRES (fls. 270 y ss.-1), DIEGO FERNANDO VARGAS CASTRO (fls. 275 y ss-1), ABIGAIL SILVA GASCA (fls. 278 y ss.-1), ORLANDO MANCHOLA PERDOMO (fl. 281 y ss.-1), HÉCTOR BOBADILLA CARVAJAL (fls. 283 y ss.-1), JAIRO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA (fl. 293 y ss.-1), LUIS GABRIEL CUBIDES VARGAS (fls. 299 y ss.-1), MARTHA LUCÍA ÁLVAREZ PÉREZ (fls. 389 y ss.-1), HAYDEE IBAGÓN DE IBAGÓN (fl. 483 y ss.) y DUVIS MARTÍNEZ VIVAS (fls. 487 y ss.-1),

Mediante resolución de fecha dieciséis de mayo de dos mil dos, se definió la situación jurídica de HERNÁN JAVIER FARFÁN HORTA, ÓSCAR IBAGÓN IBAGÓN y FABIO VELÁSQUEZ DÍAZ, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de peculado por apropiación en concurso con falsedad material en documento público (fls. 94 y ss. 1).

Por medio de resolución proferida el veintiocho de mayo de dos mil dos, se definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva para los sindicados ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO, DIEGO FERNANDO VARGAS CASTRO, JAIRO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, y LUIS GABRIEL CUBIDES VARGAS “como presuntos COAUTORA la primera e INTERVINIENTES los restantes, responsables del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso con el delito de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO”, al tiempo que se abstuvo de imponer media alguna respecto de HERMENCIA MEDINA TORRES (fls. 350 y ss.-1).

Mediante resolución proferida el diecinueve de septiembre de dos mil dos, se definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra ORLANDO MANCHOLA PERDOMO, HÉCTOR BOBADILLA CARVAJAL, MARTHA LUCÍA ÁLVAREZ PÉREZ y ABIGAIL SILVA GASCA “como posibles coautores responsables del concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de conductas punibles de peculado por apropiación, falsedad en documento público y privado”. Igual medida adoptó respecto de DUVIS MARTÍNEZ VIVAS como interviniente de esos mismos comportamientos.

En esa misma decisión, resolvió “ADICIONAR a la medida de aseguramiento impuesta el 16 y 28 de mayo del corriente año, contra los señores HERNÁN JAVIER FARFÁN HORTA, OSCAR IBAGÓN IBAGÓN, FABIO VELÁSQUEZ DÍAZ, DIEGO FERNANDO VARGAS CASTRO, JAIRO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA y LUIS GABRIEL CUBIDES VARGAS el cargo por el concurso por la falsedad en documento privado de que da cuenta la parte

considerativa de esta resolución”, y se abstuvo de imponer medida alguna respecto de HAYDEE IBAGÓN DE IBAGÓN (fls. 104 y ss.-2).

Mediante resolución proferida el dieciséis de octubre de dos mil dos, la Fiscalía a cargo de la instrucción decidió revocar la medida de aseguramiento impuesta a MARTHA LUCÍA ÁLVAREZ (fls. 336 y ss.-2).

También vinculó mediante indagatoria a TOBÍAS CABRERA SALAZAR (fls. 44 y ss. cno. 3), IVÁN EDUARDO GUEVARA CORTÉS (fls. 69 y ss.-3), LUIS JAMES DÍAZ TRUJILLO (fls. 123 y ss.-3), MARTHA CECILIA CELIS VARGAS (fls. 139), JOSÉ NARCISO ESQUIVEL FIERRO (fls. 148 y ss.-3), RICARDO HERMOSA ORTIZ (fls. 194 y ss.-3), ELIZABETH RENDÓN GUZMÁN (fls. 200 y ss.), EDGAR CUENCA CELIS (fls. 223 y ss.), OLGA MILENA SANDOVAL PALOMA (fls. 226 y ss.) y PLINIO VARGAS PINZÓN (fls. 231 y ss.-3).

En resolución de fecha dieciocho de febrero de dos mil tres, la Fiscalía decidió abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra del procesado PLINIO VARGAS PINZÓN, se abstuvo de definir la situación jurídica de los procesados TOBÍAS CABRERA SALAZAR, IVÁN EDUARDO GUEVARA CORTÉS, LUIS JAMES DÍAZ TRUJILLO, MARTHA CECILIA CELIS VARGAS, VÍCTOR MANUEL HEREDIA GUERRERO, JOSÉ NARCISO ESQUIVEL FIERRO, EDGAR CUENCA CELIS, OLGA MILENA SANDOVAL PALOMA, ELIZABETH RENDÓN GUZMÁN y RICARDO HERMOSA ORTIZ “por cuanto la conducta a ellos atribuible (PECULADO CULPOSO) no se encuentra incluida dentro de las que procede la única medida de aseguramiento contemplada en la actual legislación procesal penal”, y precluyó la investigación por los delitos de peculado por apropiación y falsedad material en documento público respecto de HERMENECIA MEDINA TORRES (fls. 258 y ss. cno. 3).

A solicitud de la procesada DUVIS MARTÍNEZ VIVAS se llevó a cabo diligencia de

formulación de cargos para sentencia anticipada (fls. 57 y ss. cno. 4), lo que determinó la ruptura de la unidad procesal y la continuación del trámite respecto de los demás procesados (fls. 66 y ss, 4). Días más tarde se vinculó mediante indagatoria a JULIO ALBERTO GÓMEZ MARTÍNEZ (fls. 43 y ss.-5). Con fecha treinta de octubre de dos mil tres, la Fiscalía declaró la clausura parcial del ciclo instructivo respecto de los procesados ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO, LUIS GABRIEL CUBIDES VARGAS, ABIGAIL SILVA GASCA, MARTHA LUCÍA ÁLVAREZ PÉREZ, ORLANDO MANCHOLA PERDOMO, HÉCTOR BOBADILLA CARVAJAL, DUVIS MARTÍNEZ VIVAS, DIEGO FERNANDO VARGAS CASTRO, HERNÁN JAVIER FARFÁN HORTA, OSCAR IBAGÓN IBAGÓN y AYDEE IBAGÓN DE IBAGÓN (fls. 230 cno. 5).

3.- Posteriormente, por escrito presentado dentro del término de ejecutoria de dicha decisión, a solicitud de la defensa de ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO (fl. 263-5), el dieciocho de diciembre de dos mil tres se llevó a cabo la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, en la que se la acusó como coautora del concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación (art. 397 del C.P. de 2000), falsedad material en documento público (art. 287) y falsedad en documento privado (art. 289), cuyos cargos fueron íntegramente aceptados por aquella en presencia de su defensor (fls. 93 y ss. cno. 6)., lo que determinó la ruptura de la unidad procesal y la continuación del trámite ordinario respecto de los demás procesados (fl. 114 cno. 6).

4.- El fallo prematuro correspondió proferirlo al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva (fls. 116 cno. 6), autoridad que el veintiocho de enero de dos mil cuatro puso fin a la instancia condenando a la procesada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO, a las penas principales de ciento treinta y un (131) meses y diez (10) días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la privación de la libertad, y multa en cuantía de \$799.359.861.04, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, a consecuencia de hallarla penalmente responsable del concurso de delitos imputado en el

pliego enjuiciatorio (fls. 117 y ss. cno. 6).

Posteriormente, a instancias de la Fiscalía, el Juzgado de conocimiento, mediante providencia de doce de febrero de 2004, dispuso “CORREGIR el quantum de la pena impuesta a la sentenciada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO, el que corresponde a CIENTO TREINTA Y TRES -133- MESES Y DIEZ -10- DÍAS DE PRISIÓN, y no en ciento treinta y un -131- meses y diez -10- días, como se consignó en el numeral primero, de la parte resolutive del fallo” (fls. 148 y ss.).

Apelado el fallo por el Fiscal Quinto Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Neiva (fl. 135) -quien reclamó el ajuste de la pena a la que “legalmente le corresponde” a la procesada (fls. 142 y ss.-6)-, la parte civil (fl. 136) – quien solicitó revocar “parcialmente la sentencia apelada y en su lugar se ordene a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. cancelar a la Electrificadora del Huila S. A. E. S. P. los perjuicios ocasionados con la conducta punible de la Sra. Rosa Inés Fajardo Perdomo”-, la procesada (fls. 140-6) -quien demandó la aplicación de las disposiciones sustanciales establecidas en el Código Penal de 1980” (fls. 158 y ss.-6)-, y su defensor (fl. 161) –quien se quejó en relación con las motivaciones del fallo, los beneficios a que haría acreedora por concepto de la colaboración con la justicia y la individualización de la pena (fls. 169 y ss.-6)-, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta, mediante sentencia proferida el seis de mayo de año dos mil cuatro, resolvió modificarlo “en el sentido de imponer a ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO la pena de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, quedando en similar término la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al igual que la multa tasada en \$799.359.861.04”, adicionarlo “para llamar en garantía a la persona jurídica La Previsora S.A. en la condena al pago de perjuicios impuesta a la procesada FAJARDO PERDOMO, en un monto que no supere el valor total asegurado en la póliza suscrita y vigente para la época de la ocurrencia de los hechos delictivos”, y lo confirmó en lo demás (fls. 7 y ss. cno Trib.).

5.- Contra el fallo de segunda instancia, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación (fls. 49 cno. Trib.), el cual fue concedido por el ad quem (fl. 52) y dentro del término legal presentó la correspondiente demanda (fls. 1 y ss. anexo), la cual se declaró ajustada a las prescripciones legales por la Sala (fl. 6 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en las causales tercera y primera de casación, respectivamente, el casacionista denuncia que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad por ausencia de motivación de la sanción y desconocimiento de los planteamientos de la defensa con ocasión de la apelación interpuesta y, de manera subsidiaria, violación directa de disposiciones de derecho sustancial.

PRIMER CARGO (Principal. Nulidad).

Sostiene al efecto que el fundamento del reparo “radica en lo incompleta de la motivación de las sentencias de primer y segundo grado, para esta última a partir de la omisión evidenciada en tanto se obvió responder a los planteamientos de la defensa en relación a la forma en que se aplicaron los criterios para la individualización final de la pena a imponerse”.

Señala que en el escrito de apelación se puso de presente el reparo a la manera como se acudió a las circunstancias de mayor y de menor punibilidad para llevar a cabo el proceso de individualización de la pena, “resaltando el cómo se les había considerado a estos aspectos fundamentos reales modificadores de la pena para sí utilizarlos en orden a ubicar los cuartos de los que habla el artículo 61 del código penal”, y no obstante, en el fallo de segunda instancia, ninguna referencia concreta se hace en torno al punto.

Observa que las circunstancias de menor y de mayor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58 del Código Penal, no afectan la ubicación en uno u otro cuarto para la determinación del quantum punitivo, toda vez que están referidas a la punibilidad y no a la conducta “de modo que son sólo ayudas que ya en el cuarto específico permiten con mayor precisión orientar al operador jurídico para atinar en un monto de pena específico”.

Con apoyo en lo que viene de exponer, solicita a la Corte declarar la nulidad parcial del fallo de segunda instancia “y de esta forma ordene retrotraerlo en lo que corresponde a la debida motivación y respuesta al planteamiento de utilización de las circunstancias de mayor y menor punibilidad al momento de efectuar la individualización de la pena de modo que se subsane la motivación incompleta que se ha colocado de presente”.

SEGUNDO CARGO (Subsidiario. Violación directa de normas de derecho sustancial).

Este yerro se presenta, dice, por haberse incurrido en la sentencia de segunda instancia en aplicación indebida del numeral segundo del artículo 397 del Código Penal que define el delito de peculado por apropiación, y del artículo 31 ejusdem que describe el concurso de delitos, con la consecuente falta de aplicación del inciso primero del mencionado artículo 397 y el párrafo del artículo 31 en cita.

En desarrollo de la censura sostiene que la pena se fijó con fundamento en el monto total de la defraudación que ascendió aproximadamente a la suma de mil ciento noventa y nueve millones de pesos, sin que ella fuera la determinante para efecto de seleccionar la norma de derecho sustancial aplicable, pues lo que se presentaron fueron diferentes apropiaciones en actos estrictamente separados, realizados por los intervinientes en el hecho.

“Precisamente por esta razón yerra el juzgador de alzada cuando estima que por el solo monto global se tiene cumplido el presupuesto de operancia del inciso segundo del

artículo 397 del Código Penal por el que la pena del tipo básico de peculado aumenta hasta en la mitad, desconociendo así que una tal entrada en vigor del supuesto de hecho en cuestión sólo tiene lugar cuando la materialización de la conducta está ausente de matices de ocurrencia, esta vez plurales y sucesivos, que muy por el contrario de lo concluido, dan lugar a tener un delito de peculado con ejecución continuada”.

En dicho orden señala que como en este caso no existió un solo acto de apropiación sino un número plural de ellos, ninguno de los cuales recayó sobre bienes cuyo monto supera el tope de los 200 salarios mínimos legales mensuales de que habla el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, resulta plausible partir de un límite mínimo de seis años de prisión y un máximo de quince años, “para que a partir de tal estimativo se pueda dar curso al aumento de una tercera parte de la pena de conformidad con el párrafo del artículo 31 del Código Penal por tratarse de un delito continuado”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y realizar una nueva cuantificación de la pena imponible a su asistida (fls. 1 y ss. Anexo).

Alegato de sujeto procesal no recurrente.-

Dentro del término de traslado a los sujetos procesales no recurrentes, hizo uso de este derecho la Fiscalía Quinta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito con sede en Neiva, quien se opone a las pretensiones del recurrente y solicita no casar el fallo materia de disenso.

En cuanto al primer cargo manifiesta que la nulidad no se configura, toda vez que los juzgadores de instancia acudieron a las causales de menor y mayor punibilidad previstas en los artículos 55-1 (buena conducta anterior) y 58-10 (coparticipación criminal) del Código Penal, para seleccionar el cuarto dentro del cual se determinaría la pena, de conformidad con la autorización al efecto conferida por el inciso segundo del artículo 61 ejusdem.

En este caso, dice, no puede hablarse de defectos de motivación en el fallo, “pues se trataba de la aplicación de una norma que, como se dijo precedentemente, no requiere ni permite interpretación distinta, dada la claridad de su tenor literal”.

En cuanto tiene que ver con la segunda censura, sostiene que su formulación resulta incoherente, pues se enuncian simultáneamente dos errores por aplicación indebida y falta de aplicación de normas que ha debido formularse en capítulos separados. Adicional a ello, dice, el casacionista no demostró la trascendencia del yerro, para lo cual necesariamente ha debido determinar la pena que correspondería aplicar en tales eventos, lo cual no hace.

Añade que la procesada aceptó los cargos tal como le fueron formulados y no apeló la sentencia por los aspectos anotados, razón por la cual en sede de casación de nada valen los reparos que formula a la sentencia que está amparada por el principio de irretractabilidad (fls. 79 y ss. cno. Trib.).

Concepto del Ministerio Público.-

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, comienza por manifestar que no resulta de recibo la consideración del sujeto procesal no recurrente, en torno a la falta de interés del impugnante extraordinario, toda vez que el aspecto que se puso en discusión con ocasión de la apelación interpuesta fue el relativo a la dosificación de la pena, de modo que el incremento de la sanción por el Tribunal significó un perjuicio en contra de la procesada.

En cuanto hace al primero de los cargos contenidos en la demanda, advierte que si bien el censor selecciona correctamente la causal tercera de casación para remediar la irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y el derecho de defensa, por falta de motivación o de respuesta a los planteamientos de la defensa sobre los criterios a tener en cuenta en el proceso de individualización de la pena, su pretensión de nulidad carece

de todo fundamento.

Anota que el Tribunal, en atención a las diferentes posturas de los sujetos procesales en torno al tema de la pena, se inclinó por el reclamo de la Fiscalía e impuso en concreto la sanción en relación con el peculado agravado por la cuantía, cuya decisión difiere de la de primera instancia en que estableció los extremos punitivos conforme al inciso primero y no el segundo del artículo 397 del Código Penal.

Las sentencias de primera y segunda instancia tan solo resultan coincidentes en cuanto ambas se ubican en los cuartos medios para la dosificación de la pena, porque una y otra reconocen la concurrencia como circunstancias de menor y mayor punibilidad, respectivamente, la buena conducta anterior de la procesada por falta de antecedentes judiciales y la coparticipación criminal.

Considera que si bien el Tribunal manifiesta el propósito de analizar de manera conjunta el disenso de la defensa con el tema que propuso la Fiscalía, es lo cierto que no hizo explícito ningún comentario en torno a la inquietud que echa de menos el recurrente. No obstante, el Ministerio Público es del criterio que dicho reparo carece de la trascendencia que el censor le atribuye.

Anota que como resultado de revisar el escrito sustentatorio del recurso de apelación, se observa que la insistencia del recurrente sobre la procedencia de su criterio radica en la confusión que tiene sobre las circunstancias específicas de agravación punitiva, las cuales varían los marcos punitivos, con las genéricas de mayor o menor punibilidad a que se refiere el artículo 61 del Código Penal que fue debidamente aplicado conforme a su correcta interpretación.

Pero a pesar de que no se advierten defectos de motivación que obliguen a la nulidad de los fallos, observa que los errores del sentenciador son de otra índole. Esto en razón a que en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada no se evidencia que

nominal ni legalmente se hubiere incluido la circunstancia genérica de mayor punibilidad consistente en la coparticipación criminal, ni el propósito inequívoco de imputarla.

En estas condiciones, anota, se evidencia la violación del principio de congruencia que debe regir entre la acusación y la sentencia, por cuanto ésta reconoce la circunstancia de mayor punibilidad que impidió la ubicación en el cuarto mínimo.

Con relación al segundo cargo, considera que en tratándose del peculado por apropiación, es posible la estructura del delito continuado, pero para establecer jurídicamente la unidad de conducta debe ser notoria tanto la ideación del plan criminal como la motivación final del agente.

En este caso, en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada se transcribe la norma del Código Penal que define el delito de peculado y lo ubica como delito fin, porque la procesada en forma sucesiva e indebida se apropió de bienes del Estado mediante la ejecución de delitos medios como la falsedad en documentos, sin hacer consideración alguna de estar frente a una conducta única de apropiación. Antes por el contrario, se expresó que se trataba de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos, además de heterogéneo con los atentatorios contra la fe pública.

Acorde con lo anterior, el juzgador de primera instancia también especificó que la conducta de peculado se repitió en el tiempo, por cuanto correspondía a distintas fechas y por diversas cuantías, en virtud de lo cual tomó la cantidad de \$31.226.850 como la mayor apropiación y se dosificó la pena con arreglo a los extremos punitivos del inciso primero del artículo 397 del Código Penal.

El Tribunal, por su parte, separó las conductas de apropiación, para considerar que si bien algunas de ellas se llevaron a cabo en vigencia de la antigua legislación la mayoría tuvo ejecución bajo la nueva, sin embargo censuró que la sentencia de primera instancia tuviera en cuenta las sumas parciales apropiadas y no el monto total que

superaba los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2002 que obligaban al aumento de la pena hasta la mitad, aplicando de este modo el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal.

Manifiesta que le asiste razón al recurrente en la postulación de la censura, porque es cierto que el delito continuado, ante la repetición material de comportamiento merece un mayor reproche y de ahí que la pena se aumente en una tercera parte, pero no fue producto de esta consideración que se procedió a la redosificación de la pena, sino porque se tomó en cuenta el peculado agravado por razón de la cuantía.

Considera que en realidad se trató de varias acciones de apropiación que infringieron repetidamente el bien jurídico de la administración pública, propio de un concurso real y material de peculado, como se consideró en el acta de formulación de cargos los cuales fueron libremente aceptados por la procesada.

Esto, en opinión de la Delegada, impone a la Corte corregir el desacierto del Tribunal, y volver al criterio sentado por la primera instancia que a partir de la mayor cifra parcial apropiada, dosificó la pena de acuerdo con los extremos punitivos del inciso primero del artículo 397 del Código Penal que establece una sanción entre 6 y 15 años de prisión e igual término para la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y multa equivalente al valor de lo apropiado sin superar los 50.000 salarios mínimos.

Advierte que cosa distinta será la condena civil por los perjuicios causados con la infracción que sí equivalen a la cantidad total apropiada de \$1.199.019.163.

No obstante, señala que al contrario de lo previsto en el fallo de primera instancia, se debe aprovechar la dosificación de la pena para desestimar la circunstancia de mayor punibilidad que se tuvo en cuenta y fijar la sanción a partir del primer cuarto.

Agrega que la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, por tratarse de un delito doloso contra el patrimonio económico del Estado, debe conllevar su perpetuidad, según se prevé por el inciso quinto del artículo 122 de la [Constitución Política](#), que opera por mandato constitucional.

Finalmente, el Procurador Delegado propone a la Corte hacer uso de la facultad que otorga el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, y casar el fallo objeto de impugnación en lo relativo al punto de la compañía aseguradora llamada en garantía.

Señala que el Juzgado de primera instancia, tal como lo expresó en la parte motiva de la sentencia, no se pronunció en la parte resolutive respecto de la situación de la “Compañía de Seguros La Previsora S.A.” y en virtud de la apelación interpuesta por la parte civil, quien manifestó inconformidad con la omisión de la decisión, el Tribunal únicamente podía anular parcialmente el fallo o devolver la actuación al sentenciador de primera instancia para que tomara determinación de absolución o de responsabilidad, en lugar de proceder a la condena del llamado en garantía pues con ello pretermitió la resolución de primera instancia.

Después de hacer algunas otras consideraciones, señala que por ninguna razón “resulta válida la condena del llamado en garantía y aunque se trata de un tema civil, por tratarse de la violación de las garantías fundamentales, se debe declarar la nulidad del numeral segundo del fallo objeto de impugnación (fls. 38 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

La Corte, al igual que lo hizo la Delegada en su concepto, aprehenderá el estudio de los cargos propuestos por el demandante contra la sentencia del Tribunal, en el mismo orden en que han sido postulados en el libelo, no sin antes advertir, como con acierto es puesto de presente por el Ministerio Público, que, al contrario de lo considerado por el sujeto procesal no recurrente, el casacionista cuenta con interés para acudir en sede

extraordinaria, toda vez que no obstante haber terminado el proceso por la vía de la sentencia anticipada, prevista por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, los motivos de disenso se centran exclusivamente en la individualización judicial de la pena y las motivaciones de ésta, lo cual le ubica dentro de las posibilidades que para impugnar el fallo se hallan previstas en el inciso 10º de la mencionada disposición.

PRIMER CARGO. (Principal. Nulidad por defectos de motivación de la pena).

Si bien el demandante acierta al acudir a la causal tercera de casación para denunciar que la sentencia presenta defectos de motivación en la especificación de los criterios tomados en cuenta para individualizar la sanción y la omisión de responder los planteamientos expuestos en torno al punto cuando recurrió en apelación, lo cierto del caso es que en el desarrollo que le imprime a la censura patentiza nítidamente que su reclamo se orienta a la ubicación de la pena en los cuartos medios de movilidad cuando ello no era lo procedente.

Esto es lo que se establece del siguiente aparte de la demanda al señalar el censor que “de las transcripciones hechas se infiere que antes de dar respuesta al punto relativo a la súplica por la que se cuestionaba la forma en que acudiendo a la existencia de causales de mayor y menor punibilidad, se les había utilizado para ubicar cuartos dentro de los cuales se encauzaría finalmente la labor de determinación de la pena, se persistió en el yerro objetado, pasando por alto que la renombrada concurrencia de buena conducta anterior y coparticipación criminal no denota por sí sólo la operancia de eventos reales modificadores de los extremos punitivos y que por tanto no pueden ser parámetros para una tal gestión”.

Cierto es que en la normativa actualmente vigente (Ley 599 de 200), el juzgador no sólo tiene por deber expresamente previsto el de motivar debidamente el proceso de individualización judicial de la pena en sus aspectos cuantitativo y cualitativo (art. 59), sino

que después de haber determinado los parámetros mínimos y máximos aplicables al caso (art. 60), “dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo” (art. 61), los cuales resultan trascendentes para hacer operar la discrecionalidad judicial, si se los coteja con la existencia de circunstancias genéricas de atenuación o agravación punitiva.

De este modo, si no concurren atenuantes ni agravantes, o sólo circunstancias de atenuación punitiva, el juzgador puede moverse entre los límites del cuarto mínimo; pero si operan tanto circunstancias de atenuación como de agravación punitiva, la ley faculta al juez para que fije la pena entre los límites mínimos y máximos de los dos cuartos medios; y si sólo concurren circunstancias de agravación, la pena ha de verse individualizada en el ámbito del cuarto máximo.

Una vez establecido el cuarto o cuartos dentro de los cuales se autoriza la determinación judicial de la pena, la ley obliga considerar otros aspectos, tales como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales de mayor o menor punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ésta debe cumplir en el caso concreto.

En dicha labor, el juez puede incurrir en interpretación errónea, falta de aplicación o aplicación indebida de disposiciones de derecho sustancial denunciabiles al amparo de causal primera, cuerpo primero, de casación, por violación directa de la ley sustancial; en errores de apreciación probatoria determinantes de la violación indirecta; o incluso en el error de no respetar la congruencia debida que debe operar entre acusación –o su equivalente- y fallo, denunciable al amparo de la causal segunda.

En este caso, si bien es cierto que el demandante pone de presente que los

juzgadores se equivocaron en la individualización judicial de la pena, también lo es que no se percata que en la sentencia no se incurrió en defectos de motivación, como indebidamente se alude en el libelo, toda vez que el Tribunal fue expreso en señalar que “observado el ámbito punitivo de movilidad consagrado en el apartado 61 de la misma obra, por presentarse circunstancias de menor punibilidad –Art. 51-1 del C.P.- como la buena conducta anterior y a su vez de mayor punibilidad –Art. 58-10 al obrar en coparticipación criminal, se debe partir de los cuartos medios, pues es una realidad dentro del plenario del actuar connivente de la procesada conforme se puso de presente en la instancia y así se avaló en esta oportunidad, contrariando de tal suerte lo expresado por la defensa” (fl. 29), lo cual patentiza que se le dio respuesta a la inquietud formulada por la defensa cuando recurrió en apelación y a la vez se pone de presente que la censura por la senda de la causal tercera pierde todo fundamento.

El yerro conceptual del casacionista, radica en considerar que las circunstancias de mayor y menor punibilidad “no inciden directamente en la modificación del quantum punitivo, por lo menos en lo que hace a la determinación del cuarto o cuartos en donde ha de moverse el fallador para que una vez allí establezca con certeza la cantidad de pena a imponer, sino que son criterios auxiliares utilizables al momento de establecer sumas exactas y fijar un punto concreto una vez ya dentro del cuarto o cuartos a aplicar”, confundiendo de tal modo las circunstancias específicas de agravación y atenuación punitiva, que dan lugar a variar límites punitivos, con las genéricas de menor y mayor punibilidad previstas por los artículos 55 y 58 del Código Penal, a que se alude el inciso segundo del artículo 61 del ejusdem.

Por razón de los anotados desaciertos, el censor no llega a advertir que lo que se presenta en este caso no es la ineficacia del fallo por defectos de motivación, ni siquiera la violación de la ley en la forma directa, que concurre por la errada actuación de los juzgadores, sólo que indebidamente denunciada, sino, por su mayor cobertura, un vicio de incongruencia que afecta el debido proceso y el derecho de defensa comprendido

en el ámbito en que opera la causal segunda de casación, consistente en que el Tribunal condenó a la procesada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO a la pena principal de doscientos dieciséis (216) meses de prisión al declararla penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad material en documento privado y falsedad material en documento público, atribuyéndole una circunstancia genérica de mayor punibilidad que no fue objeto de imputación en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, que finalmente redundó negativamente en la dosificación de la pena cuestionada por el censor.

La congruencia -ha sido dicho por la jurisprudencia de esta Corte- se predica entre la resolución acusatoria (el acto equivalente a ésta) o su variación en el juicio y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), a riesgo de que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le puede desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena (Cfr. Cas. feb. 11/04. Rad. 14343).

Este es el vicio que concurre en el presente evento. Para denotarlo, necesario resulta hacer las siguientes precisiones:

1.- En torno a la calificación jurídica de la conducta, en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, se indicó por el funcionario de instrucción:

“Con base en lo expuesto en precedencia podemos afirmar que, dada la naturaleza jurídica de la Empresa Electricodota del Huila S.A. E.S.P. y las funciones que cumple, los hechos aquí tratados encuentran adecuación típica dentro de nuestro Estatuto Punitivo en su Libro Segundo, título quince, capítulo primero, artículo 397 que define así el

PECULADO POR APROPIACIÓN (...). Igualmente, demostrada como aparece la adulteración del sistema de computación de la entidad afectada, y que en relación con los cheques que varios usuarios giraron a nombre de la Electrificadota para cancelar facturas por servicios de energía, para ejecutar la maniobra desviatoria de esos dineros se les estampaba un sello en el que se certificaba que estaba consignado a la cuenta de la entidad girada, pero luego del canje el dinero era consignado en la cuenta de ahorros que para el efecto abriera el Sr. DIEGO FERNANDO VARGAS CASTRO, sin olvidar que las múltiples facturas entregadas en la Corporación o Banco Comercial y de Ahorros CONAVI se les colocaba sello de caja acreditándose un pago que no existía en la realidad; puede predicarse que los hechos o comportamientos aquí tratados encuentran igualmente subsunción dentro de nuestro Código Penal en su libro segundo, título noveno, artículo 287 que define así la FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO (...). Igualmente en nuestro Código Penal en su libro segundo, título noveno, artículo 289 que describe así la FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO (...). Todo en concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo” (fl. 108).

(...)

“En ese orden de ideas, sírvase manifestar usted, señora ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO si acepta los cargos aquí contenidos y leídos en voz alta, concretamente como COAUTORA de las conductas punibles de PECULADO POR APROPIACIÓN, FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO en concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo; a lo cual RESPONDIÓ. ACEPTO LOS CARGOS POR LOS DELITOS QUE SE ME ENDILGAN” (fl. 109) 109).

2.- En la sentencia de primera instancia, en el acápite que allí se destinó a la “Determinación de la pena” consideró el juzgador:

“Para determinar la cantidad de la pena que ha de corresponder a la acogida, se

tendrán en cuenta los parámetros definidos en los artículos 60 y 61 del C. P. y el art. 31 ibidem.

“Como se trata de un concurso de conductas punibles, se individualizará la sanción para cada una de ellas, las cuales se definen en el código punitivo, así:

“Art. 397.- Peculado por apropiación.- (...)”.

“Ahora, como esta conducta se repitió en el tiempo, de acuerdo a lo consignado en el acta de formulación de cargos, la apropiación se hacía en distintas fechas y por diferentes cuantías, relacionándose como la más alta el cheque que por \$31.226.850, giró Confamiliar del Huila para pagar la factura del servicio eléctrico, suma que en CONAVI se desvió a la cuenta personal de Diego Fernando Vargas y que no ingresó efectivamente a la Electrificadora -punto 11, página 96, acta de formulación de cargos.-

“De esta manera el marco punitivo queda de la siguiente forma:

$$180-72= 108/4=27$$

$$\text{Cuarto mínimo: } 72 + 27 = 99$$

$$\text{Primer cuarto medio: } 99 + 27 = 126$$

$$\text{Segundo cuarto medio: } 126 + 27 = 153$$

$$\text{Cuarto máximo: } 153 + 27 = 180$$

“Del contexto probatorio se extrae una circunstancia de mayor punibilidad, cual es la de haber obrado la procesada en coparticipación criminal y la carencia de antecedentes penales como circunstancia de menor punibilidad, la pena se ubica en los cuartos medios,

o sea, entre 99 a 153 meses de prisión, entonces por el peculado se le impondrán a Rosa Inés Fajardo Perdomo, 130 meses de prisión, atendándose la decidida y consciente determinación de defraudar la entidad donde trabajaba y el daño causado.

“Art. 287.- Falsedad material en documento público.- (...).

“Esta conducta también es atribuida en forma homogénea y sucesiva, por tanto, para determinar la pena imponible por un solo hecho se tiene que la pena oscila entre 48 y 96 meses de prisión, por lo que se deben establecer los cuartos punitivos.

(...)

“Como igual concurren las circunstancias de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales y la de haber obrado en coparticipación criminal, como circunstancia de mayor punibilidad, por tanto, la pena se ubica en los cuartos medios o sea 60 y 84 meses de prisión, luego la pena a imponer por una sola conducta de estas sería de 65 meses”.

“Art. 289. Falsedad en documento privado. (...).”

“Como en las dos conductas revisadas anteriormente la pena se ubica en los cuartos medios, o sea, entre 27 y 57 meses de prisión, por ello la sanción a infligir por la falsedad de documento privado sería de 30 meses de prisión.

“Nótese que cada una de estas conductas se ejecutaron sucesivamente, por manera que la pena cuantificada puede incrementarse hasta en otro tanto por el concurso homogéneo.

“Así que para el peculado por apropiación se individualiza una pena de 130 meses de

prisión, que frente a las otras dos conductas imputadas de falsedad en documento público y privado, que arrojan penas de 65 y 30 meses de prisión, es la que ofrece mayor punibilidad, por tanto, de ella se partirá, incrementándose en 70 meses en virtud del concurso por su homogeneidad y la heterogeneidad de las falsedades endilgadas que también se realizaron de manera homogénea y sucesiva.

“La pena global asciende a 200 meses de prisión, la cual habrá de reducirse en una tercera parte por haberse acogido la sindicada a sentencia anticipada, por tal razón la pena definitiva que se irrogará será de 133 meses y 10 días de prisión (11 años, 1 mes y 10 días).

“La multa será de \$1.199.019.163=, que es el desfase que encuentra la Fiscalía instructora, tomando como fuente las labores investigativas hechas por la Contraloría General de la República, contenidas en el cuaderno 10 de anexos, que hace parte del expediente, suma que se reducirá en 1/3 parte por haberse acogido la procesada a la sentencia anticipada, para un total de \$ 799.359.861.04.

“La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad” (fls. 128 y ss. cno. Trib.).

3.- El Tribunal, a su turno, al resolver la impugnación interpuesta por la Fiscalía, el apoderado de la parte civil y la defensa, decidió MODIFICARLA “en el sentido de imponer a ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO la pena de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, quedando en similar término la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al igual que la multa tasada en \$799.359.861.04” (fl. 31).

Dijo el Tribunal al respecto:

“La disposición violada establece que la pena indicada en el inciso primero, donde señala una penalidad que va de setenta y dos (72) meses a ciento ochenta (180) meses de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, se aumenta hasta en la mitad, oscilando entonces entre setenta y dos (72) meses y doscientos setenta (270) meses en aplicación a lo dispuesto en el Art. 60-2 C.P. Observando el ámbito punitivo de movilidad consagrado en el apartado 61 de la misma obra, por presentarse circunstancias de menor punibilidad –Art. 55-1 C.P.- como la buena conducta anterior y a su vez de mayor punibilidad –Art. 58-10- al obrar en coparticipación criminal, se debe partir de los cuartos medios, pues es una realidad dentro del plenario del actuar connivente de la procesada conforme se puso de presente en la instancia y así se avaló en esta oportunidad, contrariando de tal suerte lo expresado por la defensa. Siendo así los términos de la sanción oscilan entre ciento veintiuno punto cinco (121.5) meses a doscientos veinte punto cinco (220.5) meses, que por la gravedad de la conducta, el daño real creado y la intensidad del dolo hace que se parta de ciento setenta y cuatro (174) meses de prisión, los que se incrementan en ochenta meses por las actividades reiteradas de apropiación ilícita solicitadas por el impugnante a raíz que el juzgador de instancia olvidó tener en cuenta pese a la reiteración del concurso homogéneo y sucesivo, para un total de doscientos cincuenta y cuatro (254) meses, incrementados en los setenta (70) meses fijados en el fallo revisado por razón del concurso homogéneo y sucesivo de falsedad material en documento público y falsedad en documento privado, para arrojar una cantidad de trescientos veinticuatro (324) meses de prisión, los que reducidos en una tercera parte por la figura abreviada que se acogiera (108) meses, para una sanción definitiva a purgar de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, aspecto en el que sufre modificación la penalidad impuesta al igual que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que será por el mismo término” (fls. 28 y ss. cno. Trib.).

4.- Lo anterior indica, que los juzgadores de instancia encontraron acreditada la presencia de una circunstancia de mayor punibilidad y otra de atenuación, y así decidieron ubicarse en el ámbito de los cuartos medios de movilidad para establecer los límites mínimos y máximos de la punibilidad correspondiente, sin tomar en cuenta que la Fiscalía no había imputado a la acusada ninguna circunstancia de mayor punibilidad.

A este respecto es de advertir que el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, no sólo establece cuáles son las circunstancias de mayor punibilidad, sino que precisa que pueden ser imputadas “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”.

Como ha sido dicho por la Sala, según de ello se da cuenta en la sentencia de casación proferida el veintinueve de junio de dos mil cinco dentro del radicado 18401, es precedente judicial consolidado que las circunstancias objetivas y las subjetivas de agravación, tanto genéricas como específicas, dada la gran repercusión que tienen en la punibilidad, deben haber sido explícitamente formuladas fáctica y jurídicamente en la acusación para que puedan ser objeto de deducción en la sentencia, toda vez que ante determinada circunstancia, el solo enunciado en la resolución de acusación o su equivalente del supuesto fáctico que la configura, no resulta suficiente para que el juzgador se entienda facultado para imponerla, sino que se requiere de una valorada y expresa atribución, es decir, que no se abrigue duda alguna acerca de su imputación.

Resulta por tanto evidente que en el presente caso, los juzgadores al realizar el proceso de individualización judicial de la pena desbordaron el marco de la imputación jurídica contenido en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada al incluir un circunstancia de mayor punibilidad no prevista en ella, la contemplada en el 58-10 del Código Penal, relativa al “obrar en coparticipación criminal”. Esto dio lugar a imponer

una pena superior a la que en derecho correspondía, pues para tales efectos se partió de los cuartos medios, cuando lo procedente era ubicarse en el ámbito de los primeros cuartos de cada uno de los delitos realizados.

Ello patentiza que asiste razón al recurrente en la postulación del reclamo que en sede extraordinaria presenta, e impone la intervención de la Corte a fin de salvaguardar las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa y corregir dicho desacierto, como en tal sentido se solicita por el Delegado de la Procuraduría, a lo cual se procederá luego de analizar el cargo siguiente.

SEGUNDO CARGO (Subsidiario. Violación directa de normas de derecho sustancial).

Como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, el casacionista sostiene que el juzgador de segunda instancia incurrió en violación directa de la ley sustancial, a consecuencia de la aplicación indebida del inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, por haber tomado el monto total de lo apropiado como base para considerar que el tipo realizado era el de peculado en la modalidad de agravado, por ser la cuantía superior a doscientos salarios mínimos legales mensuales.

La Corte, en total coincidencia con el planteamiento de la Delegada, observa que asiste razón al censor en la formulación del reparo. Para denotar lo que viene de ser expresado, necesario resulta traer a colación el siguiente aparte del fallo de segunda instancia:

“Los perjuicios materiales ocasionados con el proceder delictivo fueron tasados en la suma de \$1.199.019.163, capital por el que debe responder de manera solidaria la implicada con los restantes vinculados en este asunto por cuanto se apropió con división de tareas, valor a tener en cuenta para la adecuación típica de la conducta desviada dentro del respectivo tipo penal infringido al igual que para imponer la condigna sanción pecuniaria, pues al no haber sido materia de impugnación por ninguno de los sujetos

procesales apelantes adquiere firmeza dicha estimación. Ese monto resulta entonces muy superior a los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2002 en que ocurrió el acontecer desviado¹, adecuándose entonces los reiterados comportamientos violatorios del bien jurídico Administración Pública en el tipo penal indicado por la Fiscalía apelante –inciso 2º del Art. 397 del Código Penal-, por lo que debe ajustarse la pena a los parámetros allí expuestos dado que no existe limitante alguna para incrementar las sanciones atendiendo a lo dispuesto en el canon 204 de la legislación ritual, relevando por tanto a la Sala de efectuar las demás consideraciones que sobre ese mismo tópico hiciera en el libelo de sustentación del recurso” (se destaca) (fls. 28 cno. Trib.).

El error del Tribunal radicó en no haber tenido en cuenta que a la procesada no se le formularon cargos por la realización de un delito continuado en los términos del parágrafo del artículo 31 del Código Penal, que por su propia naturaleza descarta la concurrencia homogénea y sucesiva de tipos penales, en cuyo evento sí era procedente acudir al monto total de la apropiación de dineros del erario para efectos de establecer la norma sustancial aplicable al caso por razón de la cuantía, sino precisamente un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado, en los términos del inciso primero de la disposición en cita, ninguno de los cuales superaba la suma equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$61.800.000), como en tal sentido había sido interpretado por el juzgador de primera instancia, sólo que no aplicó las consecuencias jurídicas para el concurso homogéneo y sucesivo de peculados, sino que individualizó la pena como si lo realizado hubiese sido un solo delito contra la administración pública, siendo éste precisamente otro de los reparos expuestos por la Fiscalía cuando recurrió en apelación (cfr. fl. 45 cno. 6).

Entonces, si se da en considerar que el delito de peculado cuya mayor cuantía es aquel

realizado el 26 de septiembre de 2001 en cuantía de \$31.226.850.00 (fl. 96 cno. 6), es decir, superior por tanto a cincuenta salarios mínimos legales mensuales pero inferior a doscientos, resulta evidente que la normativa aplicable al caso es la contenida en el inciso primero del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Tomando en consideración que el ámbito punitivo para el delito de peculado por apropiación definido por la citada disposición oscila entre seis (6) y quince (15) años de prisión, o lo que es lo mismo entre setenta y dos (72) y ciento ochenta (180) meses, el cuarto mínimo queda delimitado entre setenta y dos (72) meses a noventa y nueve (99) meses de prisión; los dos cuartos medios entre noventa y nueve (99) meses y un (1) día a ciento cincuenta y tres (153) meses; y el cuarto máximo de ciento cincuenta y tres (153) meses y un (1) día a ciento ochenta (180) meses.

Para el otro punible, vale decir, la falsedad material en documento público de que trata el artículo 287 del Código Penal, la pena oscila entre cuatro (4) y ocho (8) años (o lo que es lo mismo entre 48 y 96 meses) de prisión. En tales condiciones, los cuartos serían los siguientes ($96-48=48/4=12$): El cuarto mínimo queda delimitado entre cuarenta y ocho (48) a sesenta (60) meses; los dos cuartos medios de sesenta (60) meses y un (1) día a ochenta y cuatro (84) meses; y el cuarto máximo de ochenta y cuatro (84) meses y un (1) día a noventa y seis (96) meses.

Y finalmente, el delito de falsedad en documento privado de que trata el artículo 289 del Código Penal, la pena oscila entre uno (1) y seis (6) años (o lo que es lo mismo entre 12 y 72 meses) de prisión. En tales condiciones, los cuartos serían los siguientes ($72-12=60/4=15$): El cuarto mínimo queda delimitado entre doce (12) y veintisiete (27) meses; los dos cuartos medios de veintisiete (27) meses y un (1) día a cincuenta y siete (57) meses; y el cuarto máximo de cincuenta y siete (57) meses y un (1) día a setenta y dos

(72) meses.

Si, como ha sido advertido en este caso, que en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada no se imputó de modo específico, claro e indubitable ninguna circunstancia genérica de agravación, o de mayor punibilidad según la terminología adoptada por la Ley 599 de 2000, y que tan sólo se citaron los tipos penales correspondientes a las conductas realizadas, es de concluir que la agravante por obrar en coparticipación criminal no podía ser tomada en cuenta por los juzgadores para dosificar la sanción.

De lo anterior resulta evidente que la movilidad para determinar la pena se halla enmarcada en los primeros cuartos de cada uno de los delitos realizados.

Como quiera que el juzgador de primera instancia no partió del mínimo punitivo establecido para los cuartos medios dentro de los cuales individualizó la pena, sino que atendiendo los criterios fijados por el artículo 61 del Código Penal dicho mínimo lo incrementó en el 43.20% ($174 - 121.5 = 52.5$ y $52.5 \times 100 / 121.5 = 43.20$), por razón de “la gravedad de la conducta, el daño real creado y la intensidad del dolo” (fl. 29), este mismo parámetro habría de ser el considerado por la Corte, máxime si respecto del mismo no se formula reparo alguno por el casacionista.

Así en principio, para el caso concreto del delito de peculado por apropiación el mínimo de setenta y dos (72) meses de incrementarse en el 43.2% que para el caso serían 31.1 meses (o lo que es lo mismo treinta y un meses y un día), arrojaría un parcial de ciento tres (103) meses y un (1) día (103.2 meses), con lo cual se supera el límite máximo del primer cuarto, por lo que al no poderse superar dicha cifra (99 meses), este límite será el que debe considerar la Corte como guarismo parcial.

Dado que el artículo 31 del Código Penal prevé que en los casos de concurso de conductas punibles el procesado quedará sometido a la disposición sustancial que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, pero en ningún caso podrá ser superior a 40 años para los eventos en que no resulta aplicable la Ley 890 de 2004; en este caso, habida cuenta que el delito más grave es el de peculado por apropiación por el cual la procesada se haría acreedora a noventa y nueve (99) meses de prisión, éste será el quantum punitivo a partir del cual se establecerá la pena por razón del concurso con los demás delitos de peculado y falsedad en documentos.

Ahora bien, cuando en sede de casación debe realizarse la redosificación punitiva por razón de un concurso de conductas punibles, al disminuirse la pena del tipo base del concurso, es decir, del que sirvió de referente para calcular el incremento por los comportamientos delictivos concurrentes, debe aplicarse a la nueva pena básica la misma proporción de aumento que se hizo al determinar originalmente la punibilidad, a riesgo, en caso contrario, de llegar a aplicar una pena desproporcionada e ilegal.

Obedece esto a que en tratándose del concurso de conductas punibles, la punibilidad de los delitos concurrentes no es autónoma, sino que se determina con fundamento en la disposición que establezca “la pena más grave”, de manera que el quantum de la pena total para el concurso es el resultado de la del tipo base incrementada en un porcentaje de ella misma (“hasta en otro tanto”), pues el cálculo individual de la sanción de los comportamientos concurrentes, tan sólo sirve para establecer el límite que no puede verse rebasado por la suma aritmética de penas.

Así las cosas, la Sala no tendrá en cuenta los ciento cincuenta (150) meses que determinó el juzgador de alzada por concepto del concurso de conductas punibles, pues para cumplir con dicho cometido en sede extraordinaria, resulta indispensable

“establecer qué porcentaje se debe incrementar teniendo en cuenta los parámetros señalados por los jueces de instancia en el momento de individualizar la pena, para posteriormente incrementarla en la proporción fijada para el concurso de conductas punibles” como corresponde al criterio sentado por la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Cas. 27 de mayo de 2004. Rad. 19884).

En tales condiciones resulta evidente que el Tribunal llegó al guarismo de trescientos veinticuatro (324) meses de prisión, partiendo de ciento setenta y cuatro (174) meses por el delito de peculado por apropiación, que a su vez incrementó en ochenta (80) meses (45.97%) por concepto de “la reiteración del concurso homogéneo y sucesivo” de peculados, para un parcial de doscientos cincuenta y cuatro (254) meses los cuales aumentó en setenta (70) meses (40.22%) “por razón del concurso homogéneo y sucesivo de falsedad material en documento público y falsedad en documento privado”, aumentos éstos (150) que equivalen a un 86.2%.

Como quiera que en sede casación la pena por el delito de peculado por apropiación se fija en noventa y nueve (99) meses de prisión, el incremento a que se hace referencia en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, por virtud del concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad material en documento público y falsedad en documento privado, equivale a ese 86,2%, esto es, ochenta y cinco (85) meses y diez (10) días de prisión (85.3 meses), para un total de ciento ochenta y cuatro (184) meses y diez (10) días de prisión (184.3 meses), siendo esta la pena que debería purgar la procesada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO, como coautora del concurso de delitos imputado en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada.

Dado que la procesada se acogió a la sentencia anticipada (fl. 93 y ss. cno. 6), la rebaja correspondería a una tercera parte de la pena (61.4 meses), a tenor de lo dispuesto por el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la pena a imponerse en sede extraordinaria para dicha procesada será del orden de ciento veintidós (122) meses

y veintiséis (26) días de prisión (122.87 meses), ($184.3/3=61.43$; $184.3-61.43=122.87$ meses y $0,87 \times 30 = 26$ días).

La Corte no podría dejar de precisar, el desacierto en que incurre el libelista al pretender que en la dosificación punitiva se apliquen las reglas del delito continuado, no sólo porque tal modalidad de comportamiento no le fue imputada a la señora FAJARDO PERDOMO en el acta de formulación de cargos, sino porque el resultado final de pena sería mayor, por tanto desfavorable a los intereses que representa.

En este sentido cabe destacar, que en dicho evento la cuantía de la ilicitud a tener en cuenta para efectos de escoger la norma sustancial aplicable, no sería la correspondiente a la de la mayor apropiación sino la de la totalidad de lo apropiado, y ello implicaría aplicar, en consecuencia, la penalidad prevista en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal (entre 72 y 270 meses) cuya inaplicación precisamente reclama el libelista, lo cual resulta siendo un contrasentido. A demás, al guarismo parcial resultante de dicha operación, habría que aumentarle la pena en la proporción de la tercera parte prevista por el parágrafo del artículo 31 ejusdem, con lo cual la pena quedaría entre 96 y 360 meses. Seguidamente, habría que fijar los cuartos de movilidad punitivos, y dentro del primero de ellos hacer los incrementos porcentuales, acorde con los parámetros en tal sentido fijados por el Tribunal en relación con los criterios sentados por el artículo 61 (el 43.55%) con lo cual el mínimo quedaría en 137.4 meses). A continuación, aplicar el porcentaje de incremento realizado por el Tribunal (40.22%) por razón del concurso (art. 31) con los delitos contra la fe pública, para un parcial de 192.6 meses, y finalmente reducir el guarismo resultante en la tercera parte (64.22 meses) por efecto de la terminación abreviada del proceso, todo lo cual conllevaría tener que aplicar una pena mayor (128.38 meses aproximadamente) a los 122 meses y 22 días que en sede extraordinaria fija la Corte.

Es de anotar, finalmente, que las penas de multa y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no sufrirán modificación alguna, toda vez que la primera se fijó por los juzgadores de instancia por el monto de lo apropiado, reducido en la tercera parte por concepto de la sentencia anticipada, y la segunda se fija por tiempo igual a la pena principal, según se señaló en el fallo de segunda instancia.

Esto sin perjuicio de advertir, en atención a lo manifestado por el Ministerio Público sobre dicho particular, que como los falladores no impusieron a la procesada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO la sanción de que trata el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política, que, de todos modos, como quiera que dicha pena es de índole constitucional, cuya preceptiva corresponde a un postulado referente a la función pública y a las funciones detalladas de empleos públicos, la misma se debe cumplir así el fallo de condena no lo diga de manera expresa; es decir, si dicha consecuencia no fue impuesta en el fallo atacado, por tener génesis constitucional, la misma se debe tener como impuesta, pues constituye un imperativo para todas las personas que habitan en Colombia dar cabal cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política².

CASACIÓN OFICIOSA (Tercero llamado en garantía).

El Procurador Delegado solicita a la Corte hacer uso de la facultad discrecional que le otorga el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, y casar parcialmente el fallo objeto de impugnación en lo atinente a la decisión tomada con respecto a la compañía aseguradora llamada en garantía. La Corte comparte íntegramente dicho planteamiento, y, en consecuencia, accederá a lo pedido.

Ciertamente, con ponderado criterio, el Juzgado de primera instancia se abstuvo de pronunciarse “respecto al llamamiento en garantía hecho por la Electrificadora del Huila contra la compañía de seguros ‘La Previsora S.A.’, porque al aceptar cargos la aquí implicada se produjo la ruptura de la unidad procesal, continuando aún la

investigación contra otros sindicatos, en donde la Electrificadota del Huila, ejerce la acción civil en procura de obtener la indemnización de perjuicios, vinculando como tercero civilmente responsable al Banco CONAVI y llamando en garantía a la mencionada aseguradora, la que presentó una serie de excepciones que deben ser objeto de contestación por la parte llamante, lo que bien puede dar lugar a la práctica de pruebas y contradicción de ellas, que en este evento no es posible tramitar por cuanto debe dictarse la sentencia pedida por la acriminada, motivo por el cual esta controversia se está adelantando en la investigación que prosigue y en donde los sujetos procesales y los terceros tienen igualdad de oportunidades, derechos y garantías para hacer valer sus intereses” (fl. 131 cno. 6).

No obstante, al desatar la alzada interpuesta por el apoderado de la parte civil - quien reclamó del juzgador “definir la litis trabada entre la aseguradora y el asegurado” invocando al efecto lo dispuesto por el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, según dijo, “la circunstancia que a la condena se haya llegado por vía de sentencia no excluye este imperativo, pues donde el legislador no distingue no le es dable al intérprete hacerlo” (fl. 155 cno. 6)-, el Tribunal consideró que le asistía razón al recurrente y dispuso adicionar el fallo de primera instancia para “llamar en garantía a la persona jurídica La Previsora S.A. en la condena al pago de perjuicios impuesta a la procesada FAJARDO PERDOMO, en un monto que no supere el valor total asegurado en la póliza suscrita y vigente para la época de la ocurrencia de los hechos delictivos” (fl. 31 cno. Trib.).

Observa la Corte que si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 del Código de la Ley 600 de 2000 “dentro del proceso penal, en ejercicio de la acción civil, podrá proponerse la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía”, dicho trámite debe llevarse a cabo con irrestricto arreglo a lo dispuesto en los artículos 55, 56 y 57

del Código de Procedimiento Civil, que establecen los requisitos que debe contener la solicitud, la citación y notificación del auto que acepta el llamamiento en la forma establecida para el auto que admite la demanda civil, y la posibilidad de contestar la demanda, solicitar pruebas y proponer excepciones.

En este caso, la parte civil constituida por la Electrificadora del Huila S.A., solicitó el llamamiento en garantía a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. argumentando que entre su representada y la aseguradora se suscribieron contratos de seguros vigentes para la ocurrencia de los hechos, en uno de los cuales se “ampara a los organismos contra todos los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus empleados en el ejercicio de los cargos amparados, por actos que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública o fallos con responsabilidad fiscal” (Seguro de Manejo Póliza Global del Sector Oficial según pólizas No. 1001982 y 1002948), y en otro se acordó que la cobertura está limitada a los actos incorrectos de los cuales se derivarían juicios de responsabilidad fiscal y cuando se notifique el auto de apertura de investigación contra cualquiera de los funcionarios asegurados (Seguro de Responsabilidad Civil Nos. 1001104 y 1001234).

La entidad llamada en garantía contestó la demanda de constitución de parte civil y el llamamiento en garantía, y propuso excepciones generales con respecto al llamamiento en garantía, así como particulares en relación con cada contrato de seguro, al tiempo que aportó y solicitó la práctica de pruebas (fls. 76 y ss. cno. llamamiento en garantía).

No obstante, este trámite no fue culminado, toda vez que mediante providencia del 24 de noviembre de 2003 la fiscalía segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva confirmó la resolución a través de la cual el funcionario de instrucción aceptó el llamamiento en garantía, el 18 de diciembre siguiente se produjo la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada y el fallo de primera instancia fue

emitido el 28 de enero de 2004, sin mediar pronunciamiento sobre las excepciones propuestas, ni en relación con las pruebas solicitadas.

Con la decisión del Tribunal de vincular en la condena al pago de perjuicios a la compañía aseguradora llamada en garantía, indudablemente se produjo menoscabo a las garantías que se derivan del debido proceso constitucional previsto por el artículo 29 de la Carta Política, especialmente los derechos de contradicción, defensa y acceso a la segunda instancia, los cuales resultaron conculcados para dicho sujeto procesal cuando se produjo un abrupto cambio en el trámite ordinario, a raíz de la decisión de la procesada de acogerse a la figura de la sentencia anticipada.

Al proceder de dicho modo, materialmente en el trámite se dejó a la Compañía llamada en garantía sin posibilidades de obtener respuesta judicial a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, ni de hacer efectivas sus pretensiones probatorias durante el trámite de la actuación incidental.

Asistiendo, por tanto, razón a la Delegada en la propuesta que formula, la Sala procederá en consecuencia y declarará la nulidad del numeral segundo del fallo objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida. FIJAR, en consecuencia, en ciento veintidós (122) meses y veintiséis (26) días las penas principales de prisión y de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que debe purgar la procesada ROSA INÉS FAJARDO PERDOMO, como coautora del concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad material en documento público y falsedad en documento privado a ella imputado en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada.

2.- CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE LA SENTENCIA recurrida y, en consecuencia, ANULAR la condena de la “Compañía de Seguros La Previsora”, llamada en garantía.

3.- En lo demás, el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva se mantiene incólume.

4.- Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 “En ese año el salario mínimo legal mensual se fijó en 309.000”.

2 Cfr. Cas. Mayo 25 de 2006. Rad. 22411.