

Proceso No 23201

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta # 115

Bogotá D.C., octubre doce (12) de dos mil seis (2006).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada DEIBY MARÍA GONZÁLEZ DE TAMAYO, contra la sentencia condenatoria que dictó en su contra el Juzgado 2º Penal del Circuito de Turbo (Antioquia) y que confirmó el Tribunal Superior de Antioquia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda y la Empresa Antioqueña de Energía S.A. E.S.P. -EADE— suscribieron el 14 de febrero de 2001 un contrato en virtud del cual la primera firma se comprometía a recaudar para la segunda los dineros del pago de los servicios públicos realizados por los usuarios en los municipios de Arboletes y San Juan de Urabá. De los mismos, en cuantía de \$23.712.465.00, se apropió DEIBY MARÍA GONZÁLEZ DE TAMAYO, administradora de la sociedad contratista. La irregularidad fue advertida por su representante legal Luis Alfonso Vélez Better, quien procedió a denunciarla ante la Fiscalía el 31 de mayo de 2001.

2. GONZÁLEZ DE TAMAYO fue vinculada al proceso a través de indagatoria y el 17 de junio de 2003 resultó acusada por el cargo de hurto agravado por la confianza y por recaer la conducta sobre bienes del Estado (arts. 241-2 y 267-2 del C.P. de 2000)¹.

En la audiencia pública la Fiscalía varió la calificación jurídica de la conducta: imputó el delito de abuso de confianza descrito en el artículo 358 del Código Penal de 1980, agravado por el abuso de funciones discernidas por autoridad pública (art. 359-1 ibídem) y por los motivos 1º y 2º del artículo 372 de la misma obra y no introdujo la modificación que le sugirió hacer el Juzgado, para el cual los hechos se adecuaban a la conducta de peculado por extensión tipificada en el artículo 138 de ese Estatuto, recogido en el artículo 250 de la Ley 599 de 2000 como abuso de confianza calificado².

3. El 31 de mayo de 2004 el Juzgado 2º Penal del Circuito de Turbo condenó a la acusada por el delito de abuso de confianza calificado, agravado por recaer la conducta en bienes del Estado (art. 267-2 del C.P. de 2000), a 48 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo término más 6 meses, inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio por 5 años y multa de 40 salarios mínimos legales mensuales³. Y,

4. El defensor apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Antioquia lo confirmó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 27 de agosto de 2004, con las siguientes “modificaciones y adición”:

Condenó a la procesada a pagarle a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.

—Confianza—, “por subrogación legal”, \$23.712.465.00 que esa firma le pagó a EADE en cumplimiento de un contrato de seguro.

La condenó a pagarle a EADE, por concepto de lucro cesante, el interés comercial del daño emergente (\$23.712.465.00) “a partir de las fechas en que debieron hacerse a dicha empresa” las consignaciones respectivas por parte de la firma contratista. Y,

La condenó a pagarle 8 salarios mínimos legales mensuales, por concepto de perjuicios materiales causados con la infracción, a Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda.

LA DEMANDA:

Cargo único.

1. Con fundamento en la primera parte del numeral 1º del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, señaló el defensor que el juzgador aplicó indebidamente los artículos 250, 267 y 38 del Código Penal de 2000 y dejó de aplicar el 249 y el 63 ibídem.
2. Para que se estructurara la conducta punible de peculado por extensión, en su modalidad de apropiación, era necesario que la administración o custodia del particular sobre los bienes del Estado hubiera sido dispuesta por éste.

Ahora bien: si para que los servidores públicos incurran en peculado se requiere que la custodia o tenencia de los bienes se les haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, en el caso de los particulares es necesario que tengan una relación jurídica directa con el Estado.

3. Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda, como se admitió en la sentencia, es una empresa comercial en la cual el Estado no tiene parte y que no desarrolla ninguna actividad benéfica o de utilidad común no gubernamental. La sindicada era “su empleada” y no su gerente y, por ende, no abusó de las funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública porque quien tenía la facultad de administrar los bienes del Estado era la persona jurídica por intermedio de su gerente.

“Los empleados, en tal caso, simplemente eran el instrumento por medio del cual la empresa desarrollaba su objeto social y, por lo mismo, no podían ser los sujetos activos de la conducta en mención”.

Le era imputable a la acusada, entonces, el delito de abuso de confianza descrito en el artículo 249 de la ley 599 de 2000 en consideración a que se apropió en provecho personal de dineros que administraba Tamayo González Nuevo Mundo & Cía y no de bienes que ella administrara para el Estado. Consiguientemente, procedía frente a ese delito la condena de ejecución condicional, negada por las instancias como resultado de la aplicación indebida de los artículos 250 y 267 del Código Penal de 2000.

Que se case parcialmente la sentencia para condenar a su representada por abuso de confianza y para que se le conceda la condena condicional es, en fin, la solicitud del casacionista.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA 2ª DELEGADA:

1. La conducta ejecutada por DEIBY MARÍA GONZÁLEZ en su calidad de administradora de Tamayo González Nuevo Mundo & Cía “consistió en la apropiación de dineros confiados para su recaudo a esta sociedad por la Empresa Antioqueña de Energía EADE, los cuales debían ser consignados a su favor conforme al contrato celebrado con ese propósito”. Dicha conducta correspondía en el Código Penal de 1980 al tipo penal de peculado por extensión, en su modalidad de apropiación en cuantía superior a 50 salarios mínimos legales mensuales de 2001 e inferior a 200.

2. La ley 599 de 2000 reservó el tipo penal de peculado únicamente para servidores públicos o para quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, dejando el caso de particulares que se apropian de bienes públicos como abuso de confianza calificado.

“El peculado en sus distintas manifestaciones requiere la presencia de un sujeto activo calificado que no es otro que el servidor público en los términos consagrados en la ley, y el bien jurídico tutelado es la administración pública, que sólo puede ser lesionada por quien con una relación especial de sujeción con el Estado y violando el

deber innato a su condición, se apropia de bienes sometidos a su tutela y cuidado, obligación de la cual carece el particular. Por eso, hoy en día, si el particular se apropia de bienes del Estado a él confiados, vulnera el interés jurídico del patrimonio económico y la conducta se agrava si los bienes son estatales. El delito entonces no requiere de sujeto activo calificado”.

El artículo 249 del Código Penal, en efecto, sanciona el abuso de confianza con prisión de 1 a 4 años y multa de 10 a 200 salarios mínimos legales mensuales, y el 250 ibídem con prisión de 3 a 6 años y multa de 30 a 500 salarios mínimos legales mensuales cuando la defraudación recaiga sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.

3. El Tribunal, de acuerdo con el a quo, concluyó que la procesada se apropió de dinero que le pertenecía a EADE y respecto del cual no estaba autorizada para ejercer actos de disposición.

Las cláusulas 1ª y 6ª del contrato suscrito entre esa empresa y Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda, según las cuales la sociedad contratista adquiriría el compromiso de recaudar los dineros provenientes del pago de los servicios públicos y sería responsable ante EADE por ellos, dejan clara la relación directa entre el Estado y la firma particular, lo mismo que la condición de públicos de los recursos apropiados.

Los usuarios no cancelaron las facturas a favor de la firma contratista sino de la Empresa de Energía Eléctrica de Antioquia y los recaudos respectivos tenían que ser consignados a favor de la última. Por ende, no ingresaban al patrimonio de Tamayo González, que ostentaba sobre ellos un título de mera tenencia y debía depositarlos los días lunes, jueves y sábado, en concordancia con el canon 10º del contrato.

Esas sumas de dinero, entonces, nunca perdieron su condición pública y respecto de ellas la administradora GONZÁLEZ DE TAMAYO sólo tenía las funciones de recaudo y

consignación en la cuenta bancaria de la empresa pública. Vale decir:

“Los dineros llegaron a la sociedad donde ella laboraba a título precario no traslativo de dominio con el mandato expreso de ejercer el recaudo y la consignación, pero ella en lugar de consignarlos, ejerció actos de dominio sobre éstos, incompatibles con la naturaleza de sus funciones, como fue el emplearlos en el pago de deudas personales”.

Incurrió, entonces, en el delito de abuso de confianza calificado y el cargo, por lo tanto, no debe prosperar.

Solicitud de casación oficiosa.

1. El juzgador violó la prohibición de doble incriminación al imputarle a la procesada la agravante específica de pena consagrada en el numeral 2º del artículo 267 de la ley 599 de 2000 –cuando el atentado patrimonial recae sobre bienes del Estado—, en consideración a que esa misma circunstancia es la que califica la apropiación de acuerdo con el artículo 250-3 ibídem.

Consiguientemente, en desarrollo de la facultad oficiosa que le otorga la ley a la Corte, se debe casar parcialmente el fallo para excluir esa agravante y redosificar la pena. Si la misma lo permite, es procedente a juicio de la Delegada otorgarle a la procesada la condena de ejecución condicional porque el requisito subjetivo para ello concurre en su favor.

2. La imposición de la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio por el término de 5 años, aparte de no haberse motivado es imprecisa por no determinarse cuál actividad en concreto quedaba cobijada por la prohibición.

Bajo tales circunstancias se transgredió el debido proceso y, también de oficio, se debe excluir esa pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda, que tenía como socio mayoritario al hijo de la acusada, adquirió el compromiso a través de su representante legal Luis Alfonso Vélez Better de recaudar los dineros provenientes del pago de servicios públicos de los suscriptores de EADE S.A. E.S.P. en los municipios antioqueños de Arboletes y San Juan de Urabá.

Para el efecto, en el respectivo contrato administrativo –el número 7.871 del 14 de febrero de 2001—, se estableció que la cancelación de las facturas por parte de los usuarios tendría ocurrencia en las oficinas de Tamayo González en dichos municipios todos los días de la semana entre las 8 A.M. y las 6 P.M. y se determinaron los procedimientos a seguir por parte de los cajeros, el relativo al control diario de los pagos e igualmente los días de consignación de los recaudos en las cuentas de la empresa pública.

La sociedad contratista, según la cláusula 10ª del convenio, debía trasladar los dineros a EADE en una sola consignación, así:

“El día lunes de cada semana, el recaudo efectuado entre los días sábado y domingo. El día jueves de cada semana, el recaudo efectuado entre los días lunes a miércoles. Y el día sábado de cada semana los recaudos efectuados entre los días jueves y viernes, tanto en Arboletes como en San Juan de Urabá”.

Significa lo anterior que el papel de Tamayo González era simplemente el de recibir los pagos de las facturas y trasladarlo a EADE casi inmediatamente. Mientras lo hacía, tenía el deber de guardar esos recursos, que no había obtenido por un título traslativo de dominio, que seguían siendo de EADE, que desde luego mantenían su carácter de bienes

públicos y frente a los cuales es manifiesto que no tenía poder de disposición porque los conservaba a título de mera tenencia.

Es como entendieron las instancias el caso y por esa razón condenaron a la procesada por la conducta punible de abuso de confianza, calificado por cometerse sobre bienes pertenecientes a una empresa respecto de la cual el Estado tiene la mayor parte.

2. Ahora bien: el hecho de que DEIBY MARÍA GONZÁLEZ DE TAMAYO no fuera la Gerente de la sociedad contratista sino su administradora, no es una circunstancia que conduzca a afirmar que la anterior conclusión sea equivocada, en los términos planteados por el demandante.

Era transparente para ella que los valores recaudados como consecuencia del contrato con EADE no le pertenecían a Tamayo González —de la cual era mucho más que una empleada, dicho sea de paso—, que eran de EADE y que estaba obligada a consignárselos tres veces por semana. Al disponer de ese dinero para solucionar problemas económicos de la compañía o para lo que fuera, por lo tanto, se apropió de recursos públicos cuya custodia le había sido confiada y resultó acertado en esa medida atribuirle el cargo de abuso de confianza calificado por la circunstancia 3ª del artículo 250 de la ley 599 de 2000.

En éste delito, conforme lo ha señalado la Sala4, quedó ubicada la conducta de peculado por extensión que definía el artículo 138 del Código Penal de 1980, en vigor para cuando sucedieron los hechos y con buen juicio no aplicado en el presente caso por razones de favorabilidad.

“El Código Penal vigente, Ley 559 de 2000 —dijo la Corte sobre el particular en la providencia antes citada y ahora lo reitera— dejó de considerar el peculado por extensión como un delito autónomo atentatorio contra la administración pública, pues reservó el tipo de peculado únicamente para cuando es cometido por servidores públicos; y,

en cambio, ubicó esa conducta, cuando es cometida por un particular, en los delitos contra el patrimonio económico, como circunstancia agravante del abuso de confianza calificado. Obsérvese:

El artículo 249 del nuevo Código Penal establece:

“Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o encargado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Por su parte, el artículo 250 ibídem establece el tipo de abuso de confianza calificado, indicando que la pena será de tres (3) a seis (6) años, y la multa de treinta (30) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la conducta se cometiere:

(...)

“3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.

(...)

“Aunque el abuso de confianza calificado es un delito contra el patrimonio, sin dificultad se entiende que la conducta es pluriofensiva cuando recae sobre bienes del Estado.

“La exposición de motivos del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), contenida en el oficio del 4 de agosto de 1998, que el Fiscal General de la Nación envió al Presidente del Senado de la República, cuyo texto fue publicado por la Fiscalía, corrobora que el peculado por extensión definido en el artículo 138 del anterior Código Penal,

corresponde en la nueva normatividad al abuso de confianza calificado:

“Se creó el delito de abuso de confianza calificado –art. 243— que además de contener las dos circunstancias de agravación punitiva señaladas en la vigente normativa para el abuso de confianza, se incluyó aquellos comportamientos que en la actualidad conforman el reato de peculado por extensión, pues sin duda alguna se trata de un verdadero abuso de confianza defraudatorio del patrimonio económico del Estado, sin relación alguna con la función pública”.

Es evidente, pues, que el error de juicio jurídico denunciado por el recurrente no tuvo ocurrencia y que el reproche no tiene vocación de prosperidad.

Casación oficiosa.

1. La procesada resultó condenada por el delito de abuso de confianza calificado, agravado en virtud de la causal 2ª del artículo 267 del Código Penal de 2000, el cual establece un incremento punitivo de la tercera parte a la mitad de las penas previstas para los delitos contra el patrimonio económico cuando se cometan “sobre bienes del Estado”.

Eso significa que la misma circunstancia que sirvió para considerar el abuso de confianza como calificado, es decir que la defraudación se cometió sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tiene la totalidad o la mayor parte, se le dedujo al tiempo como agravante específica de pena, resultando así transgredido el derecho fundamental al debido proceso, del cual hace parte el principio de legalidad y como expresión de éste la prohibición de sancionar doblemente un mismo hecho.

De oficio, entonces, como lo pidió la Procuradora Delegada, se casará parcialmente la sentencia para excluir la agravante punitiva. Consiguientemente, respetando los criterios tenidos en cuenta por el juzgador al determinar la pena privativa de la libertad en la

mínima prevista en la ley, se restarán de ella los 12 meses de prisión en los cuales se aumentó en virtud de esa circunstancia. Así las cosas, se fijará en 36 meses la pena de prisión y en 30 salarios mínimos legales mensuales la multa.

El monto de la pena privativa de la libertad y la suposición fundada de que la condenada no requiere tratamiento penitenciario, hacen procedente la suspensión condicional de la misma por un período de prueba de tres años. Efectivamente, no excede de tres años como lo exigen los artículos 68 del Código Penal de 1980 y 63 del vigente y no se considera necesaria su ejecución pues así se infiere de la buena conducta anterior de la procesada, de la naturaleza del delito cometido y del modo de su realización. Ha sido una persona trabajadora y útil para la comunidad de Arboletes como se deduce de los documentos que obran a folios 55, 56 y 57 del expediente, a través de los cuales el Alcalde y el Concejo de esa localidad hacen ese reconocimiento y le cursan invitaciones a eventos importantes a los que convocan a líderes y “fuerzas vivas” del municipio; y no se ha rehusado a responderle a Seguros Confianza por el valor que ésta le pagó a EADE, según lo acredita el acuerdo de pago que consiguió con esa compañía.

Deberá suscribir diligencia de compromiso en la cual, bajo garantía prendaria de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que es la misma que se fijó en la sentencia para garantizar las obligaciones vinculadas a la prisión domiciliaria, se comprometa a cumplir con los deberes a que se refiere el artículo 65 del Código Penal.

2. En la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, luego de la dosificación de las sanciones privativa de la libertad y de multa se expresó:

“De igual forma se impondrá a la señora DEIBY MARÍA GONZÁLEZ DE TAMAYO, como pena accesoria, la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período igual a la pena principal y seis meses más.

“También como pena accesoria se le impondrá a la señora DEIBY MARÍA GONZÁLEZ DE TAMAYO, la de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, por un término de cinco años”.

2.1. El artículo 52 del Código Penal de 1980, el cual regía para el momento de los hechos como ya se advirtió, decía:

“La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el Juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61”.

No era procedente, como puede verse, imponerle a la acusada el término adicional de seis meses en la duración de esa sanción accesoria, dispuesto con seguridad por el juzgador con sustento en el inciso 3º del artículo 52 de la ley 599 de 2000, cuya aplicación desconoció el derecho constitucional de favorabilidad.

Se remediará esa irregularidad, en consecuencia, fijando la interdicción de derechos y funciones públicas en un tiempo igual al de la pena principal.

2.2. De oficio, igualmente, como lo solicitó la Delegada, se excluirá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de un arte, profesión u oficio, industria o comercio, fijada por el a quo en 5 años, por la siguiente consideración:

De conformidad con el artículo 52 del Código Penal de 1980 antes transcrito, las únicas penas accesorias a la de prisión de obligatoria imposición, eran las de interdicción de derechos y funciones públicas. Las demás eran discrecionales del juzgador, quien por tal razón debía determinarlas en concordancia con los criterios legales de fijación de la pena, suministrando los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes. En el caso de examen en ninguna de las instancias se expresaron, circunstancia que resulta violatoria

del debido proceso y repercute en el derecho de defensa de la procesada, ya que al no decirse los motivos fundantes de la sanción quedó privada de la posibilidad de controvertirlos. Como consecuencia, se dejará sin efecto la determinación.

3. Debe la Sala, por último, referirse la tema de los perjuicios:

El a quo concluyó que no había lugar a condenar al pago de los materiales porque la Compañía Aseguradora Confianza le canceló el valor de la defraudación a EADE, en cumplimiento de la póliza de manejo que había constituido Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda. En relación con los morales señaló simplemente que no condenaría por ellos.

Sólo la defensa apeló el fallo de primera instancia, pretendiendo que se absolviera a su representada por atipicidad de la conducta o, de no prosperar esa petición, para que se le concediera la “libertad condicional”. Fueron los temas de la apelación y resulta notable que sobre los perjuicios no se propuso ninguna discusión ni eran un asunto inescindiblemente vinculado al objeto de la apelación, por lo que a esa materia no se extendía la competencia de la segunda instancia, en concordancia con el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

El Tribunal, por consiguiente, carecía de competencia para introducir las “modificaciones y adición” que decretó en la sentencia recurrida en torno al tema indemnizatorio, debiendo la Corte dejarlas sin efecto, también en desarrollo de la facultad oficiosa otorgada por la ley para la protección de garantías fundamentales.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia recurrida en relación con el cargo formulado en la demanda, que se desestima.
2. CASAR PARCIAL y OFICIOSAMENTE la sentencia impugnada para excluir la agravante punitiva prevista en el artículo 267-2 del Código Penal de 2000 y fijarle la pena de prisión a la procesada DEIBY MARÍA GONZÁLEZ DE TAMAYO en 36 meses la pena de prisión, en el mismo término la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, en 30 salarios mínimos legales mensuales la multa y para dejar sin efectos la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio por el término de 5 años, así como las condenas que por razón de perjuicios decretó la segunda instancia en la sentencia recurrida en casación.
3. SUSPENDER condicionalmente la ejecución de la pena privativa de la libertad durante un período de prueba de 3 años. Para el efecto GONZÁLEZ DE TAMAYO, bajo garantía prendaria de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, deberá suscribir ante el Juzgado de primera instancia diligencia en la cual se comprometa a cumplir con las obligaciones a que se refiere el artículo 65 del Código Penal.

Se revoca el mandato de captura dispuesto por el Tribunal en la sentencia.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE

BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 . Folios 40 y 101.

2 . Folio 151.

3 . Folio 167.

4 . Cfr., por ejemplo, auto del 11 de marzo de 2003, casación 16.188.