

Proceso No 24557

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.200

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil siete (2007)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de los procesados JOSÉ GUILLERMO GÓMEZ MANCERA y ELSA RUBIELA VEGA RODRÍGUEZ, contra el fallo de segundo grado de 12 de abril de 2005 mediante el cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó el proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá por cuyo medio los condenó como coautores del delito de peculado culposos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de enero de 1998, el entonces Alcalde Municipal de Sesquilé-Cundinamarca, JOSÉ GUILLERMO GÓMEZ MANCERA, y la Tesorera Municipal ELSA RUBIELA VEGA RODRÍGUEZ constituyeron en la Corporación “CREDISOCIAL”, Caja Financiera Cooperativa, sucursal Suba de Bogotá, tres certificados de depósito de ahorro a término (C.D.A.Ts), números 057430, 057431 y 057432 por valor de \$60.000.000,00, \$40.000.000,00 y \$30.000.000,00, respectivamente. El 29 de julio de 1998 debido a los malos manejos administrativos y financieros de la entidad crediticia la

Superintendencia Bancaria la intervino, tomando posesión de ella, razón por la cual no fue reintegrado al municipio la totalidad del dinero, al quedar un saldo de \$46.607.125,22.

La Fiscalía General de la Nación abrió formal investigación penal y luego de vincular mediante indagatoria a JOSÉ GUILHERMO GÓMEZ MANCERA y ELSA RUBIELA VEGA RODRÍGUEZ, al momento de resolverles la situación jurídica se abstuvo de imponerles alguna medida de aseguramiento.

Clausurado el ciclo instructivo, el mérito probatorio del sumario lo calificó el 25 de junio de 2002 con resolución de acusación en contra de los procesados por el delito de peculado por apropiación, proveído que confirmó la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cundinamarca el 7 de octubre de 2002.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá-Cundinamarca, despacho que mediante proveído del 20 de marzo de 2003 reconoció al abogado Omar Ángel Salamanca como apoderado de Fernando Alfonso Laverde, para ese momento Alcalde y representante legal del municipio de Sesquilé, —sin que obre posteriormente la presentación y admisión de la respectiva demanda de parte civil—.

En desarrollo de la vista pública, la Fiscalía varió la calificación jurídica provisional al advertir el error en la adecuación típica del comportamiento punible de peculado por apropiación al tenerlo ahora en la forma conductual culposa, por ello, mediante fallo de 14 de diciembre de 2004 se condenó a JOSÉ GUILHERMO GÓMEZ MANCERA y ELSA RUBIELA VEGA RODRÍGUEZ como coautores del delito de peculado culposo, a las penas principales de diez (10) salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación de los derechos y funciones públicas de manera indefinida, “excluyéndolos de la pena privativa de la libertad”, y otorgándoles “la suspensión condicional de la ejecución de la pena limitativa de la libertad”.

Impugnado el fallo por el defensor de los procesados, el Tribunal Superior de Cundinamarca a través de decisión de 12 de abril de 2005 lo confirmó, pero con la precisión de excluir el otorgamiento del subrogado penal por no haber sido impuesta alguna pena privativa de la libertad. Asimismo, mediante auto de 21 de abril de 2005 reconoció personería al abogado Ildefonso Carrero García ante el poder concedido por el entonces Alcalde Municipal de Sesquilé Carlos Alberto Acosta Gaona para que asumiera la representación judicial del municipio —sin que obre demanda de constitución de parte civil—.

Contra el fallo de segundo grado, el defensor común de los enjuiciados interpuso el recurso de casación excepcional cuyas demandas se declararon ajustadas a los requisitos legales y de las cuales se recibió el concepto del Ministerio Público.

LAS DEMANDAS

La identidad argumentativa y de pretensiones que exhiben los dos cargos que formula el defensor de los procesados en cada uno de los libelos al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial y por infracción directa, en su orden, hacen aconsejable su presentación conjunta.

De manera preliminar dice justificar la casación excepcional para el desarrollo jurisprudencial de la tipicidad culposa y los alcances de la inhabilidad indefinida que contempla el artículo 122 de la Constitución Política cuando se trata de esta clase de delitos.

1. En primer lugar destaca las decisiones de la Sala (16 de septiembre de 1997, radicación 12655 y 20 de mayo de 2003 radicación 16636) en las que se ha configurado el tipo subjetivo culposos en torno al concepto de infracción del deber objetivo con la interpretación jurisprudencial que se hacía de la consagración legal de la culpa en el Código Penal de 1980 y la sentencia del 6 de julio de 2006 (radicación 17829)

adoptada con base en el Código Penal de 2000 que incluye la infracción al deber de cuidado como factor determinante en la producción del resultado, el cual ha de ser previsible para el autor.

Por lo anterior, solicita a la Corte precisar los criterios de imputación objetiva en los delitos culposos en relación con el principio de confianza, ya que en la decisión de 6 de julio de 2006 (radicación 17829) destacó que no puede equipararse el resultado dañoso que se da en el ámbito de la administración pública, con el que se produce en el tráfico diario, la construcción o la actividad médica, ya que los riesgos no están enfocados a la vida o integridad de las personas o a causar daños a los bienes, sino que la potencialidad de generar riesgos a intereses jurídicos están radicados en entes institucionales que interesan a todo el conglomerado social.

Para el demandante, en los ámbitos de la institucionalidad el deber objetivo de cuidado aparece distribuido entre diferentes agentes, de manera que la realización del tipo dependerá siempre de la interacción de esos deberes, como acontece en la actividad financiera, en la cual al lado de los deberes de cuidado del usuario en el momento de efectuar operaciones acerca de comprobar la solvencia, reputación y trayectoria en el mercado del operador, están los organismos encargados de propiciar la confianza hacia el sistema, como la Superintendencia Bancaria y anteriormente el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas DANCOOP, con funciones que emanan del poder de policía estatal destinadas a que el desarrollo de la actividad esté en concordancia con el interés público, se tutelen los intereses de los usuarios y de los ahorradores, además, que las operaciones se realicen en condiciones de seguridad y transparencia como lo establece el Estatuto Orgánico Financiero.

Con base en lo anterior, considera que para establecer la infracción del deber objetivo de cuidado se ha de comprometer el cumplimiento del mismo deber por parte del órgano de vigilancia, y refuta la consideración general relacionada con que los usuarios del sistema

financiero tienen que verificar las condiciones de confiabilidad de la respectiva institución, pues sería llevarlos a cumplir con una función que corresponde al Estado.

Indica que también conforme con la definición que de la culpa trae el Código Penal de 2000, el desarrollo jurisprudencial ha de abordar la relación entre la violación del deber objetivo de cuidado, la previsibilidad del resultado, así como el correspondiente nexo de determinación entre ellos.

2. En relación con la inhabilidad perpetua para el desempeño de funciones públicas por delitos contra el patrimonio del Estado establecida en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo N° 1 de 2004, resalta que si bien en la sentencia de única instancia del 24 de septiembre de 2002 la Corte precisó su carácter sancionatorio y de desestímulo a la inmoralidad pública, además de su rango superior que ha de ser aplicada directamente y de manera autónoma a las demás sanciones previstas en la ley, debiendo el juez verificar en cada caso si se atentó contra el patrimonio público, en otras decisiones (única instancia de 17 de septiembre de 2003 radicación 17765, segunda instancia de 21 de enero de 2004 radicado 17012 y sentencia de casación de 16 de febrero de 2005) la Sala no aplicó tal sanción para casos de delitos de peculado culposo, de ahí que insta para que explícitamente ante el fundamento y teleología de la medida se indique su incompatibilidad con la imprudencia, máxime la modulación introducida por el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que hace operar la inhabilidad legal y no la constitucional para esta clase de ilícitos.

De forma residual invoca la protección de garantías de sus defendidos ante la aplicación de la inhabilidad perpetua lo que en su criterio afectó el debido proceso en cuanto a la legalidad de la pena al imponerse una consecuencia no prevista para los delitos culposos y transgredió, además, el derecho a la igualdad ante la ley.

Por lo anterior, formula los siguientes reparos:

Primer cargo (Principal): Violación indirecta de la ley sustancial

Denuncia la aplicación indebida de los artículos que definen el

peculado culposo y el tipo subjetivo de culpa; 137 del Código Penal de 1980 (modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995), y 37 del mismo ordenamiento, que corresponde al 23 de la Ley 599 de 2000, infracción que se dio por los siguientes yerros fácticos en la apreciación probatoria:

1. Falso juicio de existencia al no tener en cuenta el fallador el dictamen del revisor fiscal de “CREDISOCIAL” sobre los estados financieros, el balance general y el auditaje del mismo a 31 de diciembre de 1997, de los cuales se establece que el informe correspondiente a 1997 sólo se rindió a la Asamblea General de Delegados el 30 de marzo de 1998 y hasta el 31 de mayo siguiente el Revisor Fiscal, pese a advertir las irregularidades patrimoniales y administrativas, concluyó que: “Los estados mencionados, que han sido tomados del sistema, presentan razonable la situación financiera de la Credisocial –Caja Financiera Cooperativa”, hallándose para esa fecha los libros de contabilidad en proceso de actualización.

2. Falso raciocinio al estimar la comunicación de 27 de julio de 1998 mediante la cual alcalde de Sesquilé y la tesorera municipal solicitaron tanto el reembolso del CDT N° 057430 por valor de \$60.000,00 que vencía ese día, como el pago oportuno de los otros dos títulos que fenecían el 11 de noviembre de la misma anualidad, pues de tal escrito el Tribunal derivó la negligencia de los procesados por no haber realizado personalmente tal reclamación, conclusión que en criterio del libelista atenta contra las reglas de la experiencia y de la lógica ya que si la cooperativa fue intervenida por la Superintendencia Bancaria el 29 de julio de 1998, fecha en la que se tuvo conocimiento de su crisis, no les era exigible que pidieran el reembolso de los recursos antes del vencimiento de los títulos.

3. Error de hecho en la inferencia acerca de que los enjuiciados fueron negligentes al no solicitar los informes de “CREDISOCIAL”, para verificar el cumplimiento de las disposiciones relativas a su solvencia, límites individuales de crédito y concentración de operaciones, pues si los títulos fueron constituidos el 27 de enero de 1998 y los balances y auditoria de los estados financieros de la cooperativa fueron presentados en marzo y mayo siguiente, no era posible que exigieran tal información para la fecha de constitución de los aludidos títulos.

Agrega que lo anterior no significa que sus defendidos no hubieran tenido en cuenta la situación económica de la entidad financiera, pues lo hicieron con los balances y estados contables anteriores, es decir, los correspondientes a los últimos cinco años hasta 1996 que daban cuenta de la solvencia y solidez de la cooperativa.

Añade que de no haber incurrido en los errores, el Tribunal habría concluido que el actuar de los enjuiciados no se vincula causalmente con la situación de crisis de la entidad que diera lugar a la pérdida o al no reintegro oportuno de los dineros depositados con sus rendimientos.

En suma, para el defensor, aunque los enjuiciados hubieran solicitado la información, no se la habrían suministrado pues aún no se contaba con los respectivos reportes, y de haberla tenido, el informe del revisor acerca de que los balances reflejaban el estado razonable de la entidad, no habría impedido la constitución de los títulos.

Insiste en que sus defendidos tenían que esperar que el sistema de vigilancia del Estado funcionara en razón de las regulaciones jurídicas, por eso considera, que los medios de conocimiento sobre los que decidieron el negocio resultaban idóneos, lo que reduce el juicio de imprudencia propia de la tipicidad culposa e incrementa la operatividad del principio de confianza en la verificación de la infracción del deber de cuidado objetivo.

Finalmente, tilda de contradictorio el fallo por edificar la negligencia pese a que descarta la previsibilidad del resultado cuando admite que no existe certeza de que para la constitución de los CDAT's los inculpatos tuvieran conocimiento de que la cooperativa podía ser intervenida, ya que lo hicieron seis meses antes de que ello ocurriera, ni que se demostró que la entidad encargada de ejercer vigilancia sobre la entidad (DANCOOP) hubiera establecido para comienzos de 1998 el estado financiero de la entidad y lo hubiera dado a conocer al público.

En consecuencia, solicita a la Sala casar el fallo y emitir el de reemplazo de carácter absolutorio a favor de sus representados.

Segundo cargo (Subsidiario): Violación directa de la ley sustancial

Postula la aplicación indebida del inciso 5° del artículo 122 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004 al imponer la sanción de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas a perpetuidad, la cual, además, no se motivó.

Indica que pese a que la Corte no ha aplicado la sanción para casos de peculado culposo, algunos jueces y tribunales lo hacen en contravía no sólo del precepto constitucional, establecido con el único fin de frenar las prácticas corruptas que se derivan del ejercicio abusivo del poder para beneficio particular, sino también de la Ley 734 de 2002 que contrae la interdicción para los delitos dolosos, dejando para los punibles culposos la prevista en la ley.

Por lo tanto, pide a la Corte casar parcialmente el fallo para que se disponga que la inhabilitación a perpetuidad no procede y se fije dicho término interdictivo en las márgenes del artículo 137 del Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995.

ALEGATOS DE OPOSICIÓN

1. No se resumirá, ni se dará respuesta al escrito de oposición presentado por el Abogado ILDEFONSO CARRERO GARCÍA por no ostentar la calidad de sujeto procesal al no obrar presentación ni admisión de demanda de constitución de parte civil, pues simplemente aportó el poder conferido por el entonces Alcalde Municipal de Sesquilé Carlos Alberto Acosta Gaona para asumir la representación judicial y en tales términos se le reconoció personería. Igual situación sucedió con su predecesor Omar Ángel Salamanca, quien solamente aportó el mandato conferido, sin elevar el correspondiente libelo demandatorio para precisar sus pretensiones.

2. El representante de la Fiscalía ante el juzgado de primer grado solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

Sostiene que el recurrente para justificar la casación discrecional no evidenció la necesidad del desarrollo jurisprudencial acerca de temas confusos, contradictorios o inabordados, ni demostró la violación de los derechos fundamentales de los procesados.

En relación con el primer reproche acerca de la violación indirecta de la ley sustancial estima que la alegación del defensor corresponde a la casación ordinaria y no a la discrecional, además, que en un antagonismo jurídico aboga por eliminar la imputación subjetiva de la culpa y simultáneamente por la atipicidad de la conducta, buscando que se admita su particular valoración probatoria.

Concerniente al segundo reproche, considera que el libelista pretende desconocer el texto constitucional para pedir su inaplicación a cambio de preferir una norma legal, cuando es claro que la voluntad del constituyente fue sancionar a perpetuidad a los delincuentes que afecten el patrimonio del Estado sin distinguir la modalidad del delito.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal sugiere a la Sala no casar el fallo por razón del primer cargo formulado por el demandante, pero hacerlo parcialmente de acuerdo con el segundo reproche para aplicar la sanción de interdicción de derechos y funciones públicas contemplada en el artículo 137 del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995 y de esa forma excluir la interdicción a perpetuidad.

Primer Cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Para el Delegado el cargo no puede prosperar al no asistirle razón

al demandante por lo siguiente:

1. En relación con el faso juicio de existencia, considera que de los documentos que echa en falta el libelista relacionados con el estado contable de la entidad cooperativa para el año 1997 y que fueran rendidos a la Asamblea de Delegados el 30 de marzo de 1998, no se observa de qué manera su valoración en las instancias habría variado el panorama probatorio.

Refuta al defensor por estimar que la conclusión del revisor fiscal del 31 de mayo de 1998 acerca de la razonable situación económica de la corporación habría favorecido de todas formas la constitución de los CDAT's, por cuanto en dicho informe se plasman las irregularidades administrativas y financieras de la entidad que para cualquier persona prudente la habrían llevado a no celebrar alguna negociación.

El Procurador es del criterio que en este caso no se puede aplicar el principio de confianza dado el incumplimiento de los deberes por parte de los procesados al realizar la inversión sin acatar su obligación de obtener la certificación previa del revisor fiscal acerca de la solvencia económica de la entidad, tal y como lo ordenaba el párrafo del artículo 1° del Decreto 2188 de 1997, como requisito para la colocación de dineros públicos en cuentas de ahorro o certificados de depósito a término en entidades financieras del

sector solidario.

Agrega que tampoco es dable distribuir el deber objetivo de cuidado en diferentes agentes, de manera que el resultado típico dependa de la interacción de tales deberes, por cuanto en este caso, los enjuiciados como servidores públicos se constituyen en garantes del buen uso y administración de los bienes de la comunidad, máxime que como ordenadores del gasto corrían con la carga adicional de responsabilidad para reducir el nivel de riesgo de las inversiones públicas.

2. Concerniente al falso raciocinio denunciado por el demandante por edificar el Tribunal la imprudencia en el reclamo escrito dirigido por los procesados a la cooperativa para la restitución de los dineros, por no haberlo hecho personalmente, afirma el agente del Ministerio Público que la conclusión judicial obedeció a que si bien el primer título venció el 27 de julio de 1998 y el alcalde tuvo conocimiento de la crisis de la cooperativa el 29 del mismo mes y año, sólo al otro día solicitó la entrega del dinero, lo que denota falta de compromiso con la función pública.

Que si bien no se les puede reclamar especial diligencia antes de la fecha en que conocieron la intervención de la entidad por parte de la Superintendencia Bancaria, no es dable predicar lo mismo del momento en que se enteraron del riesgo en que se encontraban los dineros ante la quiebra de la cooperativa.

3. Respecto al último error de hecho que funda el defensor al criticar el fallo por tomar como negligente e imprudente el actuar de los inculcados por no realizar una seria y previa gestión para determinar la solidez financiera de “CREDISOCIAL”, estima el Delegado que resulta insustancial la postura del libelista acerca de que los procesados sí consultaron la información financiera de la entidad para periodos anteriores, porque no reflejaban el verdadero estado de las finanzas y la exigencia legal estaba referida a la previa certificación del revisor fiscal, sin que pudiera ser suplida por otro tipo

de documento.

Segundo cargo: Violación directa de la ley

El Procurador se muestra partidario de la petición del defensor de casar parcialmente el fallo ante la aplicación indebida del artículo 122 inciso 5° de la [Constitución Política](#) por la imposición a los procesados de la sanción de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de manera indefinida.

Luego de destacar la Ley 734 que en su artículo 38 parágrafo 2° establece que la aludida inhabilidad constitucional precisa que ella procederá para los delitos dolosos, así como el fallo C-064 del 4 de febrero de 2003 mediante el cual la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición legal en el entendido que respecto de las conductas culposas se aplicarían las inhabilidades previstas en la ley, concluye que en este caso era viable para su aplicación el artículo 137 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contrario a la pretensión del fiscal, como sujeto no recurrente, la Sala abordará los tópicos conforme con los cargos formulados y la demanda admitida de manera discrecional para el desarrollo jurisprudencial de la tipicidad culposa del delito de peculado en lo que tiene que ver con los ámbitos de la institucionalidad, como acontece en la actividad financiera, en los que en criterio del defensor, el deber objetivo de cuidado aparece distribuido entre diferentes agentes pues a la par de la cautela que ha de observar el usuario en el momento de efectuar operaciones acerca de comprobar la solvencia, reputación y trayectoria en el mercado del operador, están los organismos encargados de propiciar la confianza hacia el sistema, con las funciones de vigilancia y control.

Desde tal perspectiva, se analizará la posibilidad de aplicar el principio de confianza a favor de los procesados ante la existencia de instituciones encargadas de velar y controlar la entidad cooperativa depositaria de los dineros públicos, que según el demandante por el incumplimiento del deber objetivo de cuidado de tales instituciones eliminaría la infracción a la ley penal por parte de sus defendidos, impidiendo atribuirles normativamente la producción del resultado lesivo del bien jurídico de la administración pública.

De la misma manera, la Corte analizará la aplicación de la inhabilidad constitucional perpetua de pérdida de derechos políticos cuando mediante comportamientos culposos se afecta el patrimonio estatal.

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Sin duda, que en el análisis de delitos culposos se debe deslindar el hecho principal imprudente, negligente, imperito o violatorio de reglamentos, del resultado dañoso producido, por cuanto aquellos son los comportamientos que generan la infracción al deber objetivo de cuidado.

Pese a que en el Código Penal de 1980, la culpa era tenida como una de las especies de culpabilidad y su determinación obedecía al criterio de la previsibilidad, en el que lo relevante era la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto por el agente y que por negligencia, imprudencia o impericia causó un efecto dañoso, la jurisprudencia en el análisis de los delitos culposos dio prelación a la conducta, al definir tal forma conductual a partir de la acción, no del resultado.

En la normatividad sustantiva del 2000 lo fundamental es el desarrollo de la conducta. El resultado típico vendrá a ser el producto de la infracción al deber objetivo de cuidado que el agente debió prever por ser previsible o que habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

El criterio fundamental de imputación del resultado al agente radica en el fin de protección de la norma de cuidado e implica que en el daño se refleje la realización del riesgo creado a través de la infracción de aquella norma, al tiempo que se han de determinar los riesgos y peligros que el sujeto debió prever según sus circunstancias, si los mismos eran adecuados o no y qué medidas de precaución debió adoptar para no llegar al resultado.

Así, la atribución jurídico penal de un acontecimiento fáctico al agente no se basta con la simple operación matemática de la causalidad natural sobre la relación causa-efecto, pues en esa línea podría llegarse al extremo del aforismo “causa causae est causa causati”, —el que es causa de la causa es causa del mal causado—. Es necesario distinguir la causa del resultado exigido en el tipo penal, de la adecuación típica del comportamiento.

Dentro de las varias teorías que se han ocupado de establecer el vínculo causal se destaca la de la Imputación objetiva que parte de la premisa relacionada con que demostrada la causalidad se puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado típico.

No es que se sustituya la causalidad, es un elemento de ayuda al ubicar en una categoría contingente al nexo causal, porque el resultado será imputable objetivamente al sujeto si con su conducta ha creado o provocado el aumento del riesgo ya existente y se ha concretado en el resultado.

Sin embargo, no es suficiente que la conducta creadora o generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado cause materialmente el resultado típico, se requiere que el resultado causado pueda verse como la realización del riesgo precisamente inherente a la conducta, por lo que, se insiste, implica analizar, además de la relación de causalidad,

una relación de riesgo entre la conducta y el resultado, al punto que es posible negar la imputación objetiva cuando el resultado pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, no supone la realización de este riesgo, sino de otro factor.

En los delitos de infracción del deber, el vínculo del agente con el bien jurídico le imprime una especial relación de cuidado, específicamente los deberes que como servidor oficial ha de observar para el cabal cumplimiento de los fines y cometidos de la función pública de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse conforme con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo preceptúa el artículo 209 del texto superior.

Tratándose del peculado culposo, como delito de resultado, es necesario que se dé el extravío, pérdida o daño de los bienes que por razón o con ocasión de sus funciones se le hayan confiado al servidor público, tal tipo penal exige, entonces, un sujeto activo cualificado; un empleado oficial en las voces del anterior ordenamiento sustantivo (hoy servidor público), en tanto que la conducta debe consistir en un actuar culposo o imprudente que ocasiona el extravío, pérdida o daño de los bienes que están bajo su administración, tenencia o custodia, con la necesaria relación de determinación entre la conducta y el resultado.

En este caso, el comportamiento desplegado por los enjuiciados versa por la constitución el 27 de enero de 1998 de tres certificados de depósito de ahorro a término a nombre del municipio de Sesquilé y expedidos por "CREDISOCIAL" por las sumas de \$60.000.000,00, \$40.000.000,00 y \$30.000.000,00 a plazos de seis meses el primero, y los otros a diez meses, títulos valores que no fueron redimidos ya que la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución N° 0977 del 29 de julio de 1998 tomó posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de "CREDISOCIAL", Caja Financiera Cooperativa con miras a su liquidación.

Los juzgadores estructuraron la responsabilidad penal del alcalde y tesorera municipal producto de una conducta omisiva, principalmente negligente e imprudente, al no contar con la certificación previa del revisor fiscal de la entidad y confiar en lo que verbalmente les comentó la Directora de la Sucursal de la entidad financiera, Dora Maritza Martínez sobre jugosos rendimientos financieros, además, por no estar atentos de los rendimientos, ni reclamar personalmente el reembolso de los dineros.

El primer punto que debe ser objeto de precisión en relación con los criterios de imputación objetiva a manera de límite es el que tiene que ver con el principio de confianza, toda vez que en criterio del censor, para desechar la imputación jurídica del resultado invoca a favor de sus defendidos tal principio con miras a denotar que ante el incumplimiento por parte de las entidades que debían ejercer vigilancia y control sobre la cooperativa “CREDISOCIAL”, no se les podía exigir a aquéllos la carga de verificar la idoneidad financiera y de respaldo de la corporación previamente al depósito de los dineros públicos.

Establecido básicamente en materia de tráfico vehicular, el principio de confianza indica que quien participa en una actividad riesgosa o compleja en cuanto actúa diligente y cuidadosamente tiene derecho a confiar que los demás partícipes hagan lo propio y no verse por ello afectado por el descuido o despreocupación de los demás.

Acerca de tal principio, la doctrina extranjera se ha precisado que: “Se trata de un instituto o criterio de imputación que sirve para determinar los deberes de cuidado que tienen que ver con terceras personas operando como límite objetivo o normativo de la responsabilidad por imprudencia. El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas”.¹

Y si bien tal principio ha tenido una mayor aplicación en el ámbito del tráfico vehicular, nada impide que tal postulado pueda ser predicado en otras actividades peligrosas, como por ejemplo la médica o la cooperación con división de trabajo, pero siempre que se demarquen los participantes de la misma actividad, esto es, que los cobije el mismo peligro creado con la infracción.

En materia de delitos especiales o de infracción al deber, específicamente peculado culposo, la Corte ha abordado la violación objetiva de cuidado de servidores públicos, así, por ejemplo, en sentencias de segunda instancia adoptadas bajo el anterior Código Penal, del 12 de junio de 2000 (Radicación 11541) y del 14 de junio de 2001 (Radicación 12443) respecto de pérdida de dineros dados en custodia a funcionarios judiciales por razón de sus funciones se constató la relación de determinación con el resultado ante la falta de cuidado o incuria desplegados.

Los funcionarios judiciales investigados, legalmente tenían las obligaciones de administración, guarda y control de los dineros o de los títulos de depósito judicial violando el deber especial de cuidado que les imponía la propia ley al haber entregado a sus dependientes el manejo físico de los mismos y no haber ejercido el debido control y vigilancia. Por lo tanto, se concluyó que no se podía delegar o confiar la custodia a subalternos, y si de manera indebida lo hicieron, la responsabilidad permanecía radicada en el funcionario judicial independientemente de la que corresponda a aquellos en quien se les asignó.

Con base en la normatividad de 2000, la Corte al analizar la pérdida de varios títulos de depósito judicial y la condena por peculado culposo a la juez encargada de su custodia², precisó en primer lugar que conforme con el artículo 25 del Código Penal de 2000 se establecía la posición de garante de la funcionaria. Luego de detallar que tal posición es predicable de una persona por tener el deber jurídico concreto de obrar a fin de impedir que se produzca un resultado típico que es evitable, por lo cual, quien

debe de conducirse de determinada manera, de acuerdo con su rol y no lo hace vulnera la posición de garante al defraudar las expectativas de su comportamiento, concluyó que el aludido precepto tiene dos partes: una relacionada con la posición de garante por el deber impuesto por la Constitución o la ley y la otra respecto de los llamados ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, sólo en lo que tiene que ver con los bienes jurídicos de la vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales.

La anterior precisión sirvió para destacar que en el caso allá estudiado, al provenir el deber del ordenamiento al mandar a los funcionarios judiciales el mantener en custodia y bajo su responsabilidad los títulos de depósito judicial se derivaba su responsabilidad penal por el cuidado que deben observar.

En la misma decisión, sopesó la Corte el criterio normativo del principio de confianza según el cual no se puede imputar objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantienen dentro de los límites del peligro permitido, destacando a su turno las excepciones que no lo hacen aplicable:

“Uno. Porque la ley puede exigir a quien confía en otro que lo haga bajo su responsabilidad, cumpliendo con un cuidado especial, evento en el cual no se puede escudar en el axioma mencionado.

“Dos. En la división vertical del trabajo, porque siempre hay una o más personas que se encargan de vigilar que los “subordinados” hayan comprendido a cabalidad las instrucciones dadas; en ese sentido, el ámbito de competencia de estas personas que se encargan de vigilar las labores de terceras personas son garantes a efectos de que estas se desempeñen correctamente.

“Tres. Si uno de los requisitos para esquivar la responsabilidad con fundamento en el principio de confianza es el de que quien lo aduzca se haya comportado correctamente,

cuando se infringe el derecho por incumplimiento de los deberes que este impone, no es posible acudir a ese postulado.

“Cuatro. Por último, recuérdese que tampoco puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta”

En consecuencia, concluyó que aún en el evento en que la funcionaria judicial pudiera dejar en manos de sus dependientes el manejo de los bienes, ella mantenía su posición de garante, pero al no observarla, la hacía responsable de peculado culposo por infringir sus deberes.

También ante una pérdida de un arma de fuego decomisada, la Corte estimó³ que el funcionario judicial encargado de su custodia no podía aducir en su favor el principio de confianza fundado en que por el exceso y división de trabajo al interior del despacho debía confiar en que sus colaboradores observaran plenamente sus funciones, ya que él no se ajustó al deber objetivo de cuidado en la custodia y vigilancia del bien, lo cual propició su pérdida.

Del mismo modo, por hechos relacionados con que en un despacho de la fiscalía respecto de sumas de dinero decomisadas no se le dio el trámite correspondiente de depositarlas en la cuenta oficial y se condenó al fiscal por peculado culposo la Sala⁴ al analizar que por su deber sobre las especies incautadas y puestos a su disposición, el cual provenía tanto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el Código de Procedimiento Penal y Resoluciones Administrativas de la Fiscalía, le correspondía la custodia material del dinero, velar por su conservación sin poder delegar tales funciones.

Igualmente, allí se analizó el principio de confianza bajo la óptica del trabajo en equipo ante los colaboradores con que contaba el funcionario judicial, para concluir que no podía

argumentar que razonablemente confió en sus dependientes, pues no ejerció el debido control, obrar descuidado del que resultaba tal apotegma inaplicable.

Por último, ya en el campo financiero y en relación con dineros públicos depositados en entidades luego intervenidas por los organismos de control y vigilancia, la Sala5 específicamente respecto del procesado condenado por el delito de peculado culposo la Corte desechó el argumento exculpativo relacionado con que la entidad cooperativa depositaria de los dineros oficiales tenía suficiente solidez, por cuanto debido a la colocación ligera y sin estudio previo de los dineros en la entidad, no fueron redimidos los certificados de depósito a término, pues para el momento de su prórroga la entidad no contaba con capital suficiente ni siquiera para cobrar el monto de los respectivos intereses corrientes de los títulos.

El anterior recuento jurisprudencial sirve de base para el análisis que anhela el censor en relación con la coexistencia, en su parecer, de deberes objetivos de cuidado tanto por parte de las entidades estatales encargadas de vigilar y controlar las corporaciones financieras, como de sus defendidos en calidad de servidores públicos encargados de la administración de los recursos municipales, cuando los depositaron en una cooperativa luego intervenida por malos manejos administrativos y financieros, que redundó en su pérdida.

En primer lugar, se denota la fragilidad del argumento del censor encaminado a que se debe verificar en mayor medida el cumplimiento del deber objetivo de cuidado del órgano de vigilancia, y que no es dable para los usuarios del sistema financiero verificar las condiciones de confiabilidad, por ser esta una función estatal, pues si bien las superintendencias y el otrora DANCOOP han sido creados por ley para cumplir funciones de inspección y vigilancia de una actividad, no se podría radicar en la esfera de responsabilidad de estos órganos el descuido en el manejo de los recaudos públicos, pues su labor es independiente de la vigilancia que sobre el erario municipal que como

funcionarios públicos debían tener los enjuiciados.

De acuerdo con el Decreto 663 de 1993, por medio del cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se estableció que la labor de intervención que corresponde al gobierno en las actividades financieras, aseguradoras y demás relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, se debe cumplir bajo los siguientes objetivos:

- “a. Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público;
- “b. Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas;
- “c. Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia;
- “d. Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia;
- “e. Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades;
- “f. Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso ilimitado al crédito de cada institución y evitar la excesiva concentración del riesgo;
- “g. Proteger y promover el desarrollo de las instituciones financieras de la economía

solidaria;

“h. Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones”.

Tal regulación denota claramente que el carácter teleológico de la vigilancia y control sobre entidades financieras, apunta a mantener en la comunidad la confianza de manera general en el sistema, aspecto que no elimina el deber de cautela que cada usuario debe observar al suscribir negocios jurídicos con las instituciones en particular, ni menos el deber de cuidado cuando se trata del manejo de dineros públicos confiados a servidores oficiales.

En consecuencia, concluye la Corte que la actuación de la Supertendencia o de entidades de control y vigilancia encargadas de mantener la confianza en la totalidad del sistema, no sirve de criterio para delimitar el alcance de la norma de cuidado predicable de los procesados, de quienes es predicable su descuido en el manejo de las finanzas municipales a su cargo.

Efectivamente, en este caso, la imputación subjetiva a título de culpa surgió ante los roles de alcalde y tesorera municipal por no obrar con la debida atención, cuidado y diligencia que les imponían sus deberes como administradores de los caudales públicos, pues fue por sugerencia de la Gerente de la Sucursal de “CREDISOCIAL” en Suba (Bogotá) al visitarlos y ofrecerles jugosos dividendos, que procedieron a constituir los certificados de depósito de ahorro a término, sin un estudio juicioso y a fondo de los estados contables de la cooperativa.

Si bien mediante la Resolución Administrativa N° 001 del 2 de enero de 1998 de la

Junta de Gobierno del municipio de Sesquilé autorizó al alcalde para colocar los excedentes de dinero en fondos comunes y de otros fondos en CDT's. (Fol. 127 y 128 C. N° 3), el artículo 1° del Decreto 2188 de 1997 consagró que los depósitos de dineros públicos en cuenta corriente bancaria, depósitos de ahorro y constitución de certificados de ahorro a término debían realizarse en entidades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o en Cooperativas especializadas en ahorro y crédito sometidas a la vigilancia del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP) y en este último evento con la condición de que mediara una certificación previa expedida por el revisor fiscal de la cooperativa con base en el último informe trimestral sobre el cumplimiento de las disposiciones relativas a la solvencia, límites individuales de crédito y concentración de operaciones.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica del Presupuesto (artículo 14 de la Ley 179 de 1994) ordena que en caso de inversiones financieras deban efectuarse bajo los criterios de rentabilidad, solidez y seguridad y en condiciones de mercado.

En la determinación del deber objetivo de cuidado como riesgos propios de la conducta de los procesados y las circunstancias ex ante por ellos cognoscibles acerca del estado financiero de la entidad, analizó el Tribunal su profesión y experiencia en el sector público.

Ciertamente, JOSÉ GUILLERMO GÓMEZ MANCERA, en diligencia de indagatoria manifestó que era economista de la Universidad Gran Colombia, especializado en gestión pública, acerca de su experiencia profesional precisó haberse desempeñado, además de Alcalde de Sesquilé, Gerente Regional de Adpostal y Secretario General de la Alcaldía de Facatativa. Por su parte ELSA RUBIELA VEGA RODRÍGUEZ, indicó también ser profesional de la economía y administradora de empresas, con ocho años de experiencia en la tesorería municipal. De manera que por tratarse de profesionales en economía y principalmente por ostentar la calidad de funcionarios encargados del manejo de

dineros públicos, dentro de las previsiones para consignar los dineros oficiales estaba la de ejercer diligencia para obtener de las entidades encargadas de vigilancia de la entidad financiera administradora de los mismos el aval y por ello no han debido limitarse a la información verbal recibida o dejarse seducir por mayores beneficios rentables, máxime que la crisis del sistema financiero empezaba a adquirir notoriedad.

No se trataba de circunstancias extraordinarias impensables para los procesados ante debilitamiento del sistema financiero, pues la desconfianza hacia el manejo de dineros públicos por parte de las cooperativas venía desde la prohibición contemplada en el Decreto 798 del 20 de marzo de 1997 para consignar allí tales caudales, pues sólo se les permitía captar depósitos de sus asociados según el Decreto 1134 de 1989, no obstante, luego se autorizó la captación de dineros a través del artículo 1° del Decreto 2188 de 1997 siempre que mediara certificación del revisor fiscal en relación con la solvencia, límites individuales de crédito y concentración de operaciones.

En este orden, el criterio del principio de confianza no puede predicarse cuando como en este caso se ha elevado el riesgo por falta de cuidado, pues surge nítidamente el desentendimiento en la inversión.

Los factores confluyentes que ameritaban los juicios de previsibilidad de los profesionales de la economía y servidores públicos acerca de que debían analizar y constatar los estados financieros correspondientes para el momento de constitución de los certificados de depósito de ahorro a término en apego a los principios de la función pública, unido a que con sus comportamientos al no obtener previamente la certificación del revisor fiscal y no reclamar oportunamente el primer título, fueron circunstancias que elevaron el riesgo, que hacen que efectivamente el resultado dañoso de la defraudación patrimonial y afectación de la imagen de la administración pública haya obedecido a la infracción al deber de cuidado y por esa vía les sea imputado jurídicamente el peculado culposos.

La Sala resalta el acierto jurídico del juzgador al concluir que por no observar los enjuiciados el cuidado debido en el manejo de las finanzas municipales cuya administración y custodia se les había confiado, permitieron la pérdida de una cuantiosa cantidad de dinero, pues de haber obrado diligentemente, dado su conocimiento y poder de decisión y dominio sobre el hecho, al constatar que ya para el momento de constitución de los títulos la cooperativa empezaba a mostrar grandes pérdidas.

Evidentemente, según se aprecia en la Resolución 0977 del 29 de julio de 1998 mediante la cual la Superintendencia Bancaria decidió tomar posesión de los bienes, haberes y negocios con fines de su liquidación, la cooperativa registraba para enero de 1998 un déficit de \$2.573.638 respecto del promedio exigido por la entidad de control, circunstancia que de haber sido conocida por los inculcados los habrían llevado a no consignar el tesoro municipal, evitando así la lesión del patrimonio estatal.

La Corte subraya que en el manejo del erario público han de primar los principios de responsabilidad, seguridad y diversificación del riesgo, pero aquí los inculcados se dejaron seducir por un tercero, la gerente de la sucursal de la cooperativa, ante el mayor rendimiento que les ofrecía frente al postulado por una entidad bancaria reconocida (Banco de Colombia) lo que de por sí les podía generar la sospecha como factor de riesgo.

En suma, la Sala enfatiza que deber de cuidado predicable respecto del depósito de dinero en las cooperativas no es el mismo exigido a los funcionarios en relación con los bienes públicos cuya administración se les confía, sino que la propia ley les impone un cuidado especial en atención al riesgo de pérdida o desmejora.

Tampoco advierte la Sala la contradicción en el fallo a que alude el defensor, pues si bien se reconoce que no existía certeza de que los enjuiciados tuvieran conocimiento de la futura

intervención de la cooperativa, lo reprochable es que no verificaron, previamente a la constitución de los títulos, el estado financiero de la misma, lo cual se corrobora con la declaración de Dora Maritza Martínez, Gerente de la Sucursal Suba de "CREDISOCIAL" quien aseveró que en el segundo semestre de 1996 se constituyó un inicial certificado de depósito de ahorro a término por valor de \$30.000.000,00 y que a su vencimiento se constituyeron los otros tres títulos hoy cuestionados, y a la pregunta relacionada con que se hubiera solicitado información de los estados financieros de la cooperativa la declarante contestó: "en las renovaciones, no, pero al primero creo que sí, yo como andaba con documentos en el carro pedía la tasa de interés porque era la comparación de ellos" (folio 126 cuaderno original N° 1°).

La negligencia también la ubicó el Tribunal en que pese a que uno de los títulos vencía el 27 de julio de 1998, los procesados no pidieron su reembolso y solo el 30 del mismo mes y año, luego de la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria hicieron la reclamación.

No es el simple hecho de que los procesados debieron personalmente hacer el reclamo, como lo pretende demostrar el defensor, sino que es evidente la total desatención a la inversión, si se tienen en cuenta las mismas manifestaciones de la gerente de la Corporación crediticia Dora Maritza Martínez al precisar que ella era quien iba a la Alcaldía de Sesquilé a ver si renovaban el inicial título y que luego de la intervención de la cooperativa, al no poderse comunicar telefónicamente con la alcaldía, acudió hasta allá y le comentó al alcalde lo sucedido, le dio las indicaciones para hacer el reclamo, le suministró el formulario respectivo y luego acompañó a la tesorera municipal a radicar la documentación respectiva.

Es que, cuando se acude a la vía indirecta de violación de la ley es necesario atacar toda la base probatoria que sirve de sustento a la decisión a fin de derruir la presunción de acierto y legalidad con que viene amparado el fallo, y en este sentido olvida el

casacionista que el Tribunal precisamente se apoyó en el dicho de Dora Maritza Martínez Díaz, Gerente de la sucursal de la cooperativa a que se ha hecho mención, de la cual estructuró el actuar negligente y descuidado de los procesados.

Es patente así la desatención en el manejo de la inversión por parte de los inculcados, desde la constitución del certificado de depósito a término y su seguimiento, lo que permitió el resultado dañoso al no poder recuperar el municipio la totalidad del dinero, afectando la transparencia y confiabilidad en la administración pública.

Así como lo resaltó el Tribunal: “No debe olvidarse que los procesados como servidores públicos que eran debían ejercer una posición de garantes..., que implicaba que no podían poner en riesgo el dinero del municipio y no resulta razonable admitir que era suficiente la confianza que les dio la gerente de “Credisocial” pues han debido ejercer una vigilancia continua a fin de no arriesgar el dinero y para ello bien pudieron haber solicitado balances periódicos”.

La omisión probatoria que denuncia el censor porque el Tribunal no tuvo en cuenta los balances, el auditaje y la consideración del revisor fiscal que refería lo razonable del estado financiero de la entidad rendidos en marzo y mayo de 1998, respectivamente, como lo anota el Procurador Delegado en su concepto, no se advierte que su inclusión en la valoración judicial habría modificado el fallo.

El dictamen sobre los estados financieros que el revisor fiscal dirigió al Consejo de Administración de la cooperativa da cuenta de múltiples irregularidades administrativas, como cuando anota que:

“C. Credisocial no ha registrado las posibles valoraciones o provisiones de las inversiones y no ha sido ajustada por diferencia en cambio la inversión en moneda extranjera poseída en Colbanco.

“D. El fondo de liquidez no cumple con el 10% establecido en el Decreto 1134 de 1989 y se presenta una diferencia de \$5.991.557.000.

“E. Credisocial no ha efectuado inventarios físicos de activos fijos y tampoco han sido conciliados con contabilidad. Las valorizaciones de los bienes inmuebles no han sido actualizadas por efecto de la inflación y algunas de ellas muestran saldos contrarios.

“F. La provisión de cartera presenta un menor valor apropiado de \$455.640.000, y el sistema de cálculo no es el indicado por las normas que lo regulan.

“G. La entidad no ha amortizado los intangibles y algunos de sus diferidos.

“H.- Existen declaraciones tributarias (Retención en la fuente, Industria y Comercio e Iva) con diferencias con los registros contables, pendientes de ser corregidas y cuyas bases se encuentran igualmente pendientes de ser conciliadas.

“I. Existe un ajuste de la concentración de crédito aprobado por el Consejo de Administración, al cual no se le ha realizado la evaluación, y cuyos componentes, hasta el momento, se desconocen.

“J. En mi opinión, excepto por lo mencionado en los párrafos C a I y siguientes y con base en las normas establecidas por la profesión para la revisión de los Estados Financieros de periodo intermedio, los estados mencionados, que han sido tomados del sistema, presentan razonable la situación financiera de la Credisocial Caja Financiera Cooperativa” (subrayas ajenas al texto).

“K. Los libros oficiales y auxiliares de contabilidad están en proceso de actualización.

Por lo tanto, la conclusión acerca de la razonabilidad del estado financiero dejaba una

gran salvedad en relación con el desgreño administrativo, la desactualización de la información, el atraso en los inventarios, desfases en los registros, etc., todo lo cual venía presentándose y que de haber sido conocido por los procesados al solicitar la respectiva certificación del revisor fiscal, habría determinado no confiar los depósitos dinerarios en la entidad.

El defensor afirma que los enjuiciados sí tuvieron conocimiento del estado financiero de la Cooperativa por medio de balances anteriores, de cinco años atrás hasta 1996, pero lo exigible era la actualidad de la información, pues sucesos anteriores no servirían para establecer la solvencia y solidez de la cooperativa para el momento de consignar los dineros públicos.

Así las cosas, es evidente que no se configuran los yerros fácticos a que alude el libelista, además, al no ser predicable la aplicación del principio de confianza, se corrobora la imputación jurídico normativa del resultado lesivo en contra de los procesados, lo que conlleva a que el cargo no tenga vocación de prosperidad.

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial

En esta oportunidad, la Sala comparte la posición del defensor, que es avalada por el representante del Ministerio Público, acerca de la indebida aplicación del numeral 5° del artículo 122 de la Constitución Política que establece la inhabilidad indefinida para el ejercicio de derechos políticos, pues la procedente era la dispuesta legalmente en el artículo 137 del Decreto-Ley 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, que ubica el término de interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

En efecto, el inicial numeral 5º del artículo 122 de la [Constitución Política](#), antes de ser subrogado por el Acto Legislativo 01 del 2004, disponía que:

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

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley 734 del 2002 señaló que:

“Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

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

Así mismo, como lo resalta el representante de la Procuraduría, la Corte Constitucional, en sentencia C-064 del 4 de febrero del 2003, declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo 38 “en el entendido de que respecto a las conductas culposas se aplicarán las inhabilidades previstas en la ley”.

El Acto Legislativo N° 1 de 2004 en su artículo 1° que modificó en aludido numeral 5° del artículo 122 de la Carta estableció que:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial

ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

En consecuencia, la inhabilidad o impedimento intemporal ha de entenderse que se predica de delitos dolosos que hayan afectado el patrimonio del Estado, sanción que obra de pleno derecho.

Diferente cuando, como en este caso, se trata de conductas culposas, por cuanto no es palpable el ánimo de defraudar las arcas públicas sino que mediante conductas negligentes o imprudentes se facilita la pérdida, daño o extravió de los bienes estatales. Así lo plasmó la Corte Constitucional en el referido fallo:

“En criterio de la demandante esta inhabilidad se genera por delitos contra el patrimonio estatal producto de conductas tanto dolosas como culposas, dado que esa norma constitucional no distingue, por lo que debe entenderse que no le es dado a la ley hacerlo.

“A juicio de la Corte esta afirmación no tiene respaldo constitucional. Vimos como una interpretación sistemática de la Constitución otorga un tratamiento disímil a estas conductas, por tanto, no es válido sostener que el artículo 122 de la Carta atribuyó la misma consecuencia a esas conductas, pues como quedó establecido, hay un tratamiento constitucional y legal más favorable para los delitos culposos. Por tanto, no todo delito contra el patrimonio del Estado puede generar la inhabilidad prevista en su último inciso, puesto que los delitos culposos no pueden originar la inhabilidad permanente en él establecida.

“Ello no significa que los delitos culposos contra el patrimonio del Estado no generen inhabilidad, porque el Legislador dentro del marco de la política criminal del Estado puede atribuírsela, como de hecho sucede cuando dosifica las penas, así encontramos, entre otros delitos, que el peculado por apropiación, regulado por el

artículo 397 del actual Código Penal, tiene previsto como pena principal prisión de seis (6) a quince (15) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. En consecuencia, los delitos culposos contra el patrimonio del Estado cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones pueden acarrear inhabilidades, pero no perennes o perpetuas sino las contempladas en la ley, con fundamento en la libertad de configuración del Legislador consagrada en los artículos 114 y 150 Superiores.

“La Corte deja claramente establecido que los delitos culposos no están exentos de inhabilitación, ni el legislador puede eximirlos de inhabilitación, pues se estaría violando el artículo 122 de la Constitución; pues ellos deben conllevar un mínimo de inhabilitación; lo que no puede el legislador es atribuirles una inhabilitación perpetua. Existen, entonces dos límites uno hacia abajo, que consiste en que debe existir inhabilitación (o sea que no pueden quedar sin inhabilitación) y otro hacia arriba consistente en que la inhabilitación no puede ser perpetua; dentro de esos límites el legislador tiene una amplia capacidad de configuración tratándose de delitos culposos. De este modo se conjuga aquel principio con la protección del patrimonio del Estado perseguida por el Constituyente.

“El legislador ya tiene establecidas inhabilidades temporales para ciertos delitos culposos; por ejemplo, el artículo 400 del Código Penal que tipifica el peculado culposo tiene una inhabilitación. El legislador podrá en el futuro modificarla, para este u otros delitos culposos”.

Además de lo anterior, es clara la imposibilidad jurídica de que concurra tanto la circunstancia impeditiva prevista constitucionalmente, con la inhabilitación legal de interdicción de derechos y funciones públicas, pues en ésta el sentenciado queda limitado por un tiempo para ejercer la facultad de elegir y ser elegido o del ejercicio de cualquier otro derecho político o una función pública, dignidades y honores que le concedan las entidades oficiales, en tanto que el impedimento constitucional operará a perpetuidad.

Por lo tanto, la Corte deberá corregir el yerro del juzgador para retirar de la condena la inhabilidad intemporal a fin de delimitarla bajo los cauces legales.

Teniendo en cuenta que el juez de primer grado en el proceso de dosificación punitiva para los procesados partió para la pena pecuniaria del límite mínimo, ese mismo criterio servirá para fijar la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas, para fijarla, en consecuencia, en el término de seis (6) meses.

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

RESUELVE

1. Casar parcialmente el fallo impugnado por razón del segundo cargo presentado en lo relacionado con la sanción de inhabilidad constitucional intemporal en contra de JOSÉ GUILLERMO GÓMEZ MANCERA y ELSA RUBIELA VEGA RODRÍGUEZ como coautores del delito de peculado culposo, para en su lugar fijar la interdicción legal para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el término de seis (6) meses.
2. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Excusa Justificada

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO

GONZALÉZ DE L.

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 BERNARDO FEIJÓO. “RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA” Universidad Externado de Colombia-José Maria Bosch editor Barcelona 2003. Pags. 343 y 344.

2 Cfr. Sentencia de segunda instancia de 27 de julio de 2006. Radicación 25536

3 Cfr. Sentencia de segunda instancia del 19 de enero de 2006. Radicación 19746.

4 Cfr. Sentencia de segunda instancia del 28 de septiembre de 2006.

5 Ver sentencia del 19 de julio de 2006. Radicación 22263.