

Proceso No 24824

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 059

Bogotá, D. C., veintidós de junio del año dos mil seis.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre de la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual la condenó por el concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos, ocurridos en Bogotá, fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente:

“De acuerdo a documentación allegada al proceso, ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, quien laboraba como Secretaria General de la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República, se apoderó de un tiquete aéreo efectuado a nombre del Senador José Luis Mendoza Cárdenas y luego lo vendió por un precio inferior al comercial, en el mes de diciembre de 1994 a LILIANA MARGARITA NAVARRO ORTEGA, quien ocupaba el cargo de transcriptora en la misma Comisión; una vez puestos en conocimiento público estos sucesos, arrió documento en el cual denunció el mencionado tiquete como extraviado,

ante la inspección 18-C Distrital de Policía fechado el 18 de Noviembre de 1994”.

2.- Con fundamento en la documentación allegada con la denuncia, una Fiscalía Seccional de la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública con sede en Bogotá, a través de resolución proferida el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, decretó la formal apertura de investigación (fl. 105-1), vinculó mediante indagatoria a ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS (fls. 146 y ss.- 1) y a LILIANA MARGARITA NAVARRO ORTEGA (fls. 181 y ss.), a quienes definió su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (fls. 182 y ss.-2).

3.- Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fl. 180 cno. 3), el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, como presunta responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, y de la procesada LILIANA MARGARITA NAVARRO ORTEGA, por el de receptación, (fls. 204 y ss. cno. 3), mediante determinación que el seis de mayo de dos mil la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en lo sustancial con la aclaración en el sentido de que la acusación en contra de ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS se formula “como probable responsable de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso sucesivo y heterogéneo con FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, este último en calidad de determinadora”, al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por la defensa (fls. 14 y ss. cno. Sda. Inst. Fisc.).

4.- El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá (fl. 4 cno. 4), en donde después de llevarse a cabo la vista pública (fls. 136 y ss.-4), el dieciséis de diciembre de dos mil cuatro se puso fin a la instancia condenando a la

procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS a la pena principal de ochenta y dos (82) meses de prisión, a consecuencia de declararla penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público; y a la procesada LILIANA MARGARITA NAVARRO ORTEGA, a las penas principales de veinticuatro (24) meses de prisión y multa en cuantía de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a consecuencia de encontrarla penalmente responsable del delito de receptación. Asimismo, las condenó a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, entre otras determinaciones (fls. 187 y ss. cno. 4), mediante sentencia que el veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en lo sustancial, “con la modificación consistente en que la pena principal se fija en cuatro (4) años de prisión, en lugar de la determinada por el juzgado de instancia, para los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público imputados a la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS”, e igualmente le impuso “seis (6) meses de prisión y multa de mil pesos a la procesada Liliana Margarita Navarro Ortega por el delito de receptación, en lugar de la fijada por el a quo” (fls. 3 y ss. cno. Trib.), al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por la defensa.

7.- Contra este fallo, en oportunidad, la defensora de ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS (fls. 27) interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem (fls. 35), y dentro del término legal presentó el correspondiente escrito sustentatorio (fls. 44 y ss.) que se declaró ajustado a las prescripciones legales por la Sala (fl. 4 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en las causales primera y segunda de casación, cuatro cargos postula la demandante contra el fallo del Tribunal, en los que lo acusa de ser directa (cargo

primero) e indirectamente (cargos segundo y cuarto) violatorio de normas de derecho sustancial, y de no guardar consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación (tercer cargo), según pasa a precisarse.

PRIMER CARGO. (Violación directa de la ley sustancial. Aplicación indebida del artículo 286 de la Ley 599).

A juicio de la demandante, en la actuación se encuentra acreditado lo siguiente:

a). Que al momento de la realización de la conducta contra la fe pública, la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS desempeñaba el cargo de Secretaria General de la Comisión Constitucional Sexta del Senado de la República, cuyas funciones igualmente se hallan probadas dentro del proceso.

b).- Que la sentenciada fue quien elaboró la supuesta denuncia de pérdida del pasaje aéreo.

c).- Que el Inspector 18 de Policía, Doctor Víctor Julio Gómez Sánchez, no intervino en la elaboración del aludido denuncia.

En razón de lo anterior considera que la transgresión -por parte del sentenciador de instancia- de la mencionada norma que define el delito de falsedad ideológica en documento público, deriva del hecho de haber estimado erradamente que su asistida realizó dicho tipo penal, desconociendo que cuando elaboró el documento, no lo hizo en ejercicio de sus funciones de ser secretaria del Senado de la República, tal como lo exige el aludido precepto.

Anota que "la señora PONTÓN GARCÉS, jamás fungió como Inspectora de Policía al

momento de desplegar la conducta que le endilga el sentenciador de segunda instancia, por lo tanto no se le puede inculpar como autora del delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA pues, el ingrediente normativo nos impone un precepto legal que está dictado para este tipo penal, y es, que lo realice en ejercicio de sus funciones, es decir en actuaciones que recaen dentro de su competencia”.

Considera por tanto que la norma que ha debido aplicarse al caso, es la contenida en el artículo 287 de la ley 599 de 2000 que define el delito de falsedad material en documento público, siendo ésta la conducta realizada por su asistida, toda vez que el comportamiento falsario fue llevado a cabo de manera personal, y no guarda relación con las funciones como Secretaria General de la Comisión Sexta del Senado de la República.

En punto a la trascendencia, sostiene que con el error cometido por el Tribunal se causó un agravio a su asistida, pues la dosificación punitiva realizada en la sentencia resulta elevada en relación con el tipo penal que ha debido aplicarse, ya que éste ostenta pena inferior a la impuesta en el fallo y le hubiese permitido obtener el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

SEGUNDO CARGO. (Violación indirecta de la ley sustancial. Errores de hecho en la apreciación probatoria).

Denuncia que el sentenciador incurrió en error de hecho consistente en falso juicio de existencia por omisión, al ignorar el testimonio rendido por el Inspector 18C de Policía, Doctor Víctor Julio Gómez Sánchez, el dictamen emitido por Carlos Eduardo Sánchez, y la certificación expedida por la empresa Avianca con la cual se acredita que la reserva para utilizar el tiquete aéreo se realizó el 16 de diciembre de 1994.

Después de reproducir un aparte de lo sostenido por el Inspector de Policía quien informa sobre la genuinidad del documento de denuncia, considera que si el sentenciador no hubiese omitido dicha prueba, habría concluido que el denunciado por la pérdida del tiquete aéreo no fue material o ideológicamente falsificado por la procesada y en tal medida la habría absuelto de los cargos formulados, ya que si no existe falsedad tampoco peculado por apropiación, “pues al ser cierto que se extravió el tiquete de Avianca, se desvirtúa la acusación que se le endilga a la señora PONTÓN de haberse apropiado del mismo de manera dolosa”.

Señala asimismo que si se hubiese acogido el dictamen pericial con el cual se corrobora el testimonio del Inspector de Policía y se ratifica la autenticidad del documento de denuncia, la decisión no podía ser otra que absolutoria.

Igualmente, en opinión de la casacionista, resultó relevante la omisión de considerar el documento expedido por la empresa Avianca, en el que consta que la reservación fue realizada el 16 de diciembre para viajar el día 21 siguiente con el tiquete extraviado.

Lo anterior, en razón a que con dicha certificación pierde credibilidad el dicho de LILIANA NAVARRO, pues “¿Cómo explicar que se hace una reservación el día 16 de diciembre de 1994 para ser utilizado el día 21; cuando quien lo utiliza afirma que se lo entregaron el día 20 de diciembre?”, máxime si se tiene en cuenta que en ninguna de las pruebas aportadas al proceso se indica que PONTÓN GARCÉS hubiese vendido el tiquete con la reservación hecha.

Con dicha prueba se demuestra que en verdad el tiquete se extravió, o lo tomó LILIANA NAVARRO, y que ella personalmente hizo la reservación, viajó el 21 de diciembre y cuando regresó en enero, como coartada de su delito, optó por el camino más fácil que era denunciar que la Secretaria del Senado de la República se lo había vendido y que en

razón de ello había cancelado parte de su valor comercial con productos de Cafam, siendo asaltada en su buena fe.

En cuanto tiene que ver con el falso juicio de identidad que la casacionista pregona haberse configurado en relación con la diligencia de inspección judicial practicada al Archivo General de la Secretaría de Gobierno, tendiente a establecer la existencia de una copia de la denuncia que se suponía falsa, sostiene que el sentenciador tergiversó la prueba.

Esto por cuanto en el fallo se sostuvo que en la diligencia de inspección judicial no se halló archivada la aludida denuncia, mientras que ésta indica que a folio 47 se encontró copia de la denuncia que por pérdida de documentos presentara la señora ALBA PONTÓN GARCÉS, cuya copia coincide con el original que reposa en la investigación.

Considera que si se hubiesen apreciado las pruebas omitidas, se habría establecido que la denuncia penal de pérdida del tiquete no tiene reproche alguno, que evidentemente el pasaje aéreo se extravió de la esfera de PONTÓN GARCÉS, y que ella, en cumplimiento de sus deberes, dio alerta a las autoridades correspondientes a través de la denuncia.

Y si a ello se agrega la certificación sobre la reserva del pasaje que igualmente fue ignorada, y la tergiversación de la inspección judicial, el camino sería la absolución y nunca la condena, pues en tales condiciones al juzgador “como consecuencia jurídica le es dable aceptar que la condenada no vendió el tiquete sino que lo extravió, y aún en el extremo raciocinio del juzgador este no podía llegar más allá de la duda razonable al sopesar la totalidad del material probatorio”.

TERCER CARGO. (Falta de consonancia del fallo con la acusación)

Sostiene al efecto que el fiscal de segunda instancia acusó a la sentenciada PONTÓN GARCÉS como determinadora del delito de falsedad ideológica en documento público;

sin embargo, el fallador de segunda instancia la condenó como autora penalmente responsable de esa misma conducta, figuras que no sólo se excluyen sino que no tienen el mismo análisis jurídico y probatorio.

Esto incidió en la manera como la defensa técnica ha debido actuar en pro de los intereses de la sentenciada, “ya que no es lo mismo atacar jurídicamente una acusación frente a la calificación de determinador y realizar la defensa correspondiente a una acusación como autor material”.

CUARTO CARGO. (Violación indirecta de la Ley. Error de hecho por falso juicio de existencia).

Sostiene que el juzgador incurrió en este tipo de error probatorio, al no tener en cuenta la certificación expedida por el Jefe de Registro y Control del Senado de la República en la que constan los ingresos de la señora ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS durante su desempeño como Secretaria de la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República, y la indagatoria como medio de defensa de la procesada.

Sostiene que si el juzgador hubiera apreciado las aludidas pruebas, habría establecido que su prohijada tiene ingresos que ascienden a un poco más de cinco millones de pesos, y que para la época de los hechos no se encontraba en situación apremiante que la condujera a vender un ticket por un valor de ciento treinta y ocho mil pesos, sino que por el contrario poseía bienes inmuebles, muebles y vehículos que acreditan que llevaba una vida holgada, y que por lo tanto no necesitaba de dinero extra que la llevara a cometer el ilícito de venta del ticket de propiedad del senador José Luis Mendoza.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia objeto de recurso, y dictar la que en derecho corresponda (fls. 44 y ss. cno. Trib.).

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, en relación con los cargos contenidos en la demanda, conceptúa de la manera siguiente.

Respecto del primer cargo, advierte que el mismo debe prosperar, toda vez que los falladores reconocen que la inculpada se desempeñaba como Secretaria de la Comisión Sexta del Senado de la República, que la denuncia fue presentada por ALBA DEL CARMEN PONTÓN y que el Inspector Dieciocho de Policía de Bogotá no intervino en la elaboración del denuncia por pérdida del tiquete.

Estos hechos así declarados, son los que permiten concluir que los sentenciadores incurrieron en el error denunciado por la casacionista, toda vez que la adecuación típica correcta es, en los términos de la ley 599 de 2000, la descrita por el inciso primero del artículo 287, que define el delito de falsedad material en documento público.

Considera que la recurrente acierta en la crítica a la adecuación típica que realizaron los falladores en las dos instancias, porque las circunstancias de comisión de la conducta fraudulenta muestran cómo la señora PONTÓN GARCÉS elaboró el documento donde no sólo consignó una falsedad (pérdida del tiquete), sino la firma del funcionario que dio fe de la supuesta pérdida del pasaje aéreo, como se demostró a través de la prueba grafológica.

El error de los juzgadores resulta de no distinguir los elementos de los tipos penales de falsedad ideológica en documento público, de los de falsedad material en documento público, pues el primero exige sujeto activo calificado (servidor público) que actúa en ejercicio de sus funciones y extiende un documento público que pueda servir de prueba, materialmente genuino, pero carente de veracidad, de manera que si el funcionario no se

encuentra en ejercicio de sus funciones y comete delito de falsedad en documento público, debe responder como particular.

En este caso, dice, el documento (denuncia por pérdida del tiquete aéreo) no lo originó la servidora pública, pues quien materialmente debía producirlo era el Inspector Dieciocho de Policía, dentro del marco de sus funciones, ya que no era ni es de competencia de una Secretaria de la Comisión Sexta del Senado, recibir denuncias por pérdida de documentos, siendo esta una de las razones para que ante dicha situación se la considere como particular.

Además, el documento no es genuino, ya que la firma del inspector de policía resultó falsa por imitación, de manera que no se cumple la exigencia del tipo penal de falsedad ideológica, pues para ello el documento producido debe ser materialmente genuino pero su contenido carente de veracidad.

Así las cosas, dice, la conducta realizada por la señora PONTÓN GARCÉS se adecua a la descripción del artículo 218 del Código Penal de 1980, denominada falsedad material de empleado oficial en documento público, en el marco de la legislación de 2000, la cual resulta aplicable al caso por virtud del principio de favorabilidad, en cuanto establece un máximo menor que la vigente al momento de los hechos.

Respecto del segundo cargo, sostiene que la recurrente se limita a plantear lo que a su juicio acreditarían las pruebas ignoradas, pues no consulta el estudio que realizaron los falladores en las sentencias, donde si bien no se menciona en concreto el testimonio del Inspector de Policía, el segundo dictamen pericial y el certificado expedido por Avianca, tal omisión resulta insubstancial, por cuanto son los medios de prueba que se relacionan en la motivación de la sentencia los que sirven de sustento a la decisión condenatoria contra PONTÓN GARCÉS.

Lo cierto del caso es, a juicio del Procurador Delegado, que la omisión de una u otra

prueba no es demostrativa de que ella fue ignorada del estudio conjunto, como se acredita con un aparte de la sentencia en donde se alude al “compendio probatorio adosado al plenario”, lo que patentiza que todo el material probatorio fue sometido a estudio, incluidas las pruebas que la casacionista estima como omitidas.

Indica que los medios de convicción que sustentaron la responsabilidad penal de la señora ALBA PONTÓN GARCÉS, en cuanto a la comisión de la falsedad en documento que se le imputó, son el estudio grafológico y los testimonios reseñados en la sentencia, como lo señala el a quo, por manera que a la luz de la contundencia de dichos medios, los juzgadores consideran que la certificación de la fecha de reservación, o el hallazgo de la denuncia por pérdida en la inspección judicial realizada al archivo central de la Secretaría de Gobierno, por ejemplo, carecen de relevancia, cuando se encuentra plenamente establecido que la señora PONTÓN GARCÉS vendió el tiquete y no que éste se extravió, de suerte que la fecha de la reserva aérea en nada podría modificar el sentido principal de lo que se pretendía probar.

De todos modos, considera que la casacionista se limitó a señalar la prueba cuyo análisis fue omitido en la valoración del juzgador, pero no demostró su trascendencia, lo que lleva a la improsperidad del cargo.

Acerca del tercer cargo postulado en la demanda, considera que si bien la procesada fue acusada como determinadora de falsedad y en la sentencia fue condenada a título de autora, ello no ocasiona vulneración alguna de la garantía fundamental de la defensa, ya que lo indispensable es que en la acusación no haya duda ni ambigüedad en torno a los términos de la imputación.

En este caso, dice, sin duda alguna existió absoluta claridad sobre la conducta atribuida a PONTÓN GARCÉS, esto es, un comportamiento violatorio de la fe pública, que se enmarcó desde ese momento como falsedad ideológica en documento público, y que para

entonces, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal de 1980, los determinadores se encontraban en la misma condición de autores, en relación con la dosimetría punitiva aplicable a cada uno de ellos.

Hoy en día, pese a la distinción que el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 hace entre autores y partícipes, para incluir dentro de estos últimos los determinadores y cómplices, cuando la norma alude a los determinadores es clara en señalar que quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica, incurrirá en la pena prevista para la infracción.

De este modo, es claro que a pesar de la distinción que se realiza en la nueva norma, las consecuencias jurídicas son las mismas para el autor y el determinador, situación que en una y otra legislación no se modificó, y por ende ningún perjuicio se ocasionó con ello, en punto de las garantías que cobijan al procesado.

El derecho de defensa tampoco sufrió menoscabo, por cuanto en la acusación se describe con claridad la forma en que actuó la procesada, y ésta pudo defenderse de dicha calificación, que simplemente como antes se ha señalado, significó una denominación diversa, que en todo caso es clara y completa, y no se registró ninguna variación de los hechos, denominación jurídica o circunstancias de agravación o atenuación que pongan en duda lo que realmente ocurrió.

Como quiera entonces que en su criterio no hay motivo jurídicamente atendible para considerar esta situación como falta de consonancia, el cargo carece de vocación de éxito.

Respecto del cuarto cargo consignado en la demanda, el Delegado del Ministerio Público expresa que más que la denuncia de haberse dejado de considerar una prueba, lo que realmente pretende la libelista es que se incorpore una situación nueva, y que un elemento de juicio sea sometido a un distinto estudio valorativo, lo cual resulta improcedente en sede de casación.

Dado que la constancia de ingresos de la procesada no comporta un aspecto trascendente e íntimamente relacionado con la comisión de los ilícitos, esto constituye razón suficiente para que los falladores no la tuvieran en cuenta ni le hubiesen conferido la relevancia que le atribuye la demandante.

Es del criterio que el argumento planteado por la casacionista en relación con esta prueba, no resiste mayor esfuerzo analítico, toda vez que en este tipo de conductas contra el patrimonio estatal, cuando son realizadas por quien percibe un alto ingreso salarial, merece mayor reproche, no por el valor del bien sino por el daño que el comportamiento ocasiona a la imagen y moralidad que presiden la función pública.

Considera entonces que como no se demuestra el error enunciado, ello conduce a que el cargo no logre prosperidad.

Con fundamento en lo expuesto, sugiere a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y proferir la de reemplazo que corresponda, condenando por el delito de falsedad material en documento público, en lugar de la falsedad ideológica en documento público, como se indicó en el primer cargo (fls. 6 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

Pese a que la demandante presenta las cuatro censuras en el mismo plano de igualdad, sin señalar cuál es el principal y cuáles subsidiarias para el evento que aquella no logre prosperidad, la Corte, teniendo en cuenta la cobertura de los cargos formulados contra la sentencia, y sus implicaciones jurídicas, siguiendo un orden lógico iniciará su estudio por los planteados al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, pues de llegar a prosperar, haría innecesario el estudio de las restantes. Con esta advertencia, de ser el

caso, continuará con el estudio del invocado al amparo del motivo segundo, y culminará con el postulado por la vía de la violación directa de la ley sustancial.

1.- Violación indirecta de la ley (cargos dos y cuatro).

La Corte aprehenderá el estudio conjunto de los errores de apreciación probatoria noticiados por la demandante en los cargos segundo y cuarto, tomando en cuenta que se apoyan en idéntico motivo (causal primera, cuerpo segundo, de casación), y que de lograr acreditación en el proceso, conducirían a una sola solución (la absolución de la procesada).

Ab initio debe decirse que acierta la casacionista, al acudir, con apoyo en la causal primera de casación, apartado segundo, a la vía indirecta de violación de la ley para denunciar que el sentenciador incurrió en aplicación indebida de las disposiciones de derecho sustancial que definen las conductas delictivas de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, y falta de aplicación del precepto sustancial que establece el principio in dubio pro reo, hoy erigido como norma rectora en el artículo 7º de la Ley 600 de 2000, a consecuencia de los que considera constituyen errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia en la apreciación de la prueba, pues con dicho enunciado de propuesta impugnatoria logra integrar con la nitidez requerida lo que se conoce como proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

No obstante entender la Corte que dicho requisito se encuentra satisfecho, es de decirse que no ocurre lo mismo en cuanto al deber de desarrollar y demostrar la objetiva configuración de los yerros que enuncia, y la definitiva incidencia que ellos pudieron haber tenido en la declaración del derecho contenida en la parte dispositiva del fallo.

En este sentido pertinente resulta reiterar que la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que cuando en sede extraordinaria se denuncia violación indirecta de

disposiciones de derecho sustancial, a consecuencia de incurrir el juzgador en errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del recurso extraordinario, compete al censor identificar nítidamente el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia de éste en las conclusiones del fallo, y la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada.

Igualmente, la misma naturaleza rogada que la casación ostenta, impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia, tarea que comprende un nuevo análisis del acervo probatorio, valorando correctamente las pruebas omitidas, cercenadas o tergiversadas, excluyendo las supuestas, o apreciando acorde con las reglas de la sana crítica aquellas en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia. Esto debe cumplirse no de manera insular sino en armonía con lo acreditado por las acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, a fin de hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues es la demostración de la transgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal primera en el ejercicio de la casación.

A estos derroteros no se aviene en estricto rigor lógico jurídico la demandante, toda vez que, como es puesto de presente por la Procuraduría Delegada en su concepto, la casacionista se limita a plantear lo que a su juicio las pruebas acreditarían, ya que incumple el deber de presentar, de manera objetiva, la existencia de un panorama probatorio diverso que diera lugar a sostener que el sentenciador se equivocó al afirmar que la prueba recaudada permite establecer, en grado de certeza, la existencia de la conducta

punible y la responsabilidad de la procesada, cuando en realidad ha debido proferir fallo de absolución.

Como se anotó en el resumen que se hizo de la demanda, la libelista sostiene que los sentenciadores incurrieron en falso juicio de existencia por omisión al dejar de considerar el testimonio del Inspector 18C de Policía Víctor Julio Gómez Sánchez, el segundo dictamen emitido por Carlos Eduardo Sánchez, Técnico Criminalístico adscrito al CTI de la Fiscalía, la Certificación expedida por la empresa Avianca en relación con la fecha en que se hizo la reserva para utilizar el pasaje y la certificación expedida por el Jefe de Registro y Control del Senado de la República en la que constan los ingresos de la señora ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, cuando desempeñaba el cargo de Secretaria General de la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República; y en falso juicio de identidad en la apreciación de la inspección judicial practicada al Archivo Central de la Secretaría de Gobierno, y anota que al cometer dichos errores, dieron por demostrada la responsabilidad de la procesada en la realización de los delitos e falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Cierto es, como se alude por la demandante, que los juzgadores de instancia en los respectivos fallos no hicieron expresa referencia a los medios que denuncia haber sido dejados de considerar. Pero esto en modo alguno significa, como de modo contrario es entendido por la libelista, que hubieren pasado por alto su existencia material en el proceso con incidencia negativa en la declaración de responsabilidad de la procesada.

Al efecto es de recordarse que si bien el Inspector 18 C Distrital de Policía, Doctor Víctor Julio Gómez Sánchez rindió declaración jurada, en la que al ponérsele de presente el documento de denuncia de pérdida de un pasaje aéreo que reposa a folio 250 del c.o No. 2, manifestó que “el papel es original, presumo, la firma del Inspector es la mía la que utilizo en actos públicos y privados, el sello corresponde a la Inspección y la literalidad del

contenido del mismo aparentemente se ve que es original y no le veo ninguna tacha con excepción de que está un rasgado en un borde” (fl. 66 cno. 2 Fiscalía), también lo es que los juzgadores tuvieron en cuenta su dicho, pero no de manera insular como se pretende por la defensa, sino que lo cotejaron con otros medios de convicción obteniendo como resultado la falsedad, no sólo en su contenido sino material, del aludido documento de denuncia.

No de otra manera puede ser entendida la siguiente consideración del sentenciador de primer grado, realizada en implícita alusión al testimonio del inspector y el dictamen pericial que patentiza la falsificación de la firma de éste en el documento de denuncia allegado por la procesada:

“Destáquese además que aún y con el reconocimiento que de su firma hace el inspector que se supone suscribe la constancia de extravío de documentos, no pudiendo ser de manera diferente cuando se trataba de un acuerdo, esto quedó evidenciado al resaltar la pericia técnica grafológica que esa rúbrica allí expuesta no le corresponde y de allí la dubitada, aunado a la fecha de expedición que como se ha dicho no corresponde a la real, esto es 18 de noviembre cuando se sabe para ese entonces apenas se había devuelto el mismo y ante ROSALBA LÓPEZ en diciembre lo ofrece PONTÓN a NAVARRO; siendo también de importancia destacar como extrañamente ésta se presenta en lugar bien lejano al Congreso mismo y la vivienda propia, en medio del cúmulo de trabajo de la funcionaria, pero también del poco tiempo que dice tenía para recurrir a un sitio tan lejano, ese mismo tiempo exiguo que aprovechó para ir a sentar la certificación falaz y que no tuvo para informar al secretario general del Congreso la novedad y a la entidad Avianca que cuenta con oficinas en el propio recinto legislativo” (fl. 197 cno. 4).

Al no ser cierto, entonces que en el fallo se hubiese dejado de considerar el testimonio rendido por el inspector de policía, el cargo que por falso juicio de existencia la libelista

propone, cae en el vacío. Igual ocurre con la queja por haberse dejado de considerar el dictamen pericial, a través del cual “se diagnostica la uniprocedencia manuscritural de las firmas que obran a folios 47 y 250 del C.O.” (fls. 145 y ss. cno. 3), pues para el juzgador lo relevante fueron las conclusiones del dictamen grafológico rendido por el Técnico del Das identificado con el carné 4365, según el cual “la firma como de VICTOR JULIO GÓMEZ SÁNCHEZ que se diseñó en la constancia de fecha 18 de noviembre de 1994, fue producto de una reproducción fraudulenta por el método de IMITACIÓN” (fl. 121 y ss. cno. 2).

De todos modos, lo importante para los juzgadores fue que las pruebas allegadas a la investigación dan cuenta que, al contrario de lo sostenido por la procesada PONTÓN GARCÉS, el pasaje aéreo no fue objeto de sustracción o pérdida cuando se encontraba bajo su custodia, sino que lo vendió a LILIANA MARGARITA NAVARRO ORTEGA, y que cuando ésta informó a sus superiores sobre dicha negociación, aquella se dio a la tarea de obtener una denuncia por hechos que no correspondían a la verdad. De ahí la irrelevancia de las pruebas tendientes a acreditar la fecha en que se hizo la reservación para el uso del pasaje aéreo o el hallazgo de la copia de la denuncia en los archivos de la Secretaría de Gobierno, entre otros medios que la demandante denuncia haber sido omitidos.

Esto fue lo declarado por el Tribunal, según se extrae de la siguiente consideración del fallo de segunda instancia:

“Resulta indiscutible que Pontón Garcés conocía de la prohibición de disponer de ese tiquete aéreo, que luego de ser entregado por el parlamentario referido, quedó bajo su custodia en la Secretaría General de la Comisión Sexta del Senado. Al revisar el artículo 139 ordinal d del Régimen de Administración de Personal, se advierte que la encartada tenía prevista entre otras funciones, coordinar con las dependencias del Senado el trámite de los desplazamientos, bienes y servicios que requieran los senadores miembros de la comisión o los funcionarios que laboren en ella; es decir, que no obstante conocer el

decurso normal que debía darle al referido pasaje aéreo, aprovechó sus funciones y disposición que sobre él tenía, para venderlo a la procesada Liliana Navarro Ortega.

“No obstante retomar ante esta instancia y en ejercicio del recurso de apelación, su postulación de ajenidad a los hechos imputados y esbozar en pos de su tesis defensiva que le habían hurtado el tiquete, como lo pretendió acreditar con falsa certificación de extravío de la inspección 18-C Distrital de Policía, no es más que una estrategia para salir adelante de la imputación, pues Alba del Carmen Pontón fue señalada por la misma compañera de conducta criminal como la persona que le vendió a mitad de precio y aprovechando que para esa fecha tenía que viajar a la ciudad de Barranquilla, sitio al que tenía como destino el referido pasaje aéreo.

“En efecto, Liliana Navarro Ortega ante la presidencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, puso en conocimiento que la Secretaria de la Comisión Sexta del Senado y en presencia de una amiga, le ofreció en venta el tiquete aéreo a nombre del Senador Jorge Luis Mendoza, proponiéndole que podían pagárselo cuando regresara de sus vacaciones de fin de año por la suma de \$130.000.

“La encartada Liliana Margarita Navarro Ortega discriminó la forma como pagó a Pontón Garcés el tiquete. Adujo que \$37.500 los pagó en artículos de CAFAM, que el Senado le había entregado como regalo de navidad y el restante dinero de un préstamo otorgado por su compañero de trabajo Jorge Yaiguaje, quien le advirtió sobre la gravedad de los hechos.

“Dichas manifestaciones de la implicada Navarro Ortega, obtienen pleno respaldo del testimonio de Rosalba López Gómez, a quien le consta cuando Pontón Garcés le facilitó a Navarro Ortega el tiquete aéreo a nombre del senador José Luis Mendoza. Asimismo, de Jenny del Socorro Vargas Calderón, al declarar que le constaba todo lo relacionado con la venta del pasaje entre las implicadas y la implicada le confió la estrategia que

establecería y el contar con una persona que le colaboraría en el asunto.

“Rosalba López precisó que Alba, luego de que Liliana presentara su necesidad de crédito para comprar el pasaje, le ofreció venderle uno el 19 de diciembre de 1994, que le entregó al día siguiente, indicándole que hiciera la reserva a nombre del senador Mendoza Cárdenas.

“Declaraciones que deben recibir pleno respaldo de aceptabilidad por la Sala, y que de suyo, hacen improcedente la hipótesis referida a que la procesada Liliana Margarita Navarro fue la persona que sustrajo el tiquete, si aunamos a los ya citados testimonios el vertido por el Senador Vargas Suárez, quien manifiesta en forma clara y directa que la implicada Alba Pontón se acercó a su oficina y le comunicó sobre la entrega del tiquete aéreo a nombre del senador José Luis Mendoza a la encartada Liliana Navarro, supuestamente por la imposibilidad económica de adquirirlo”

(...)

“Asimismo, se encuentra acreditado que el parlamentario José Luis Mendoza, según certificación jurada, entregó por escrito el 9 de noviembre de 1994 el tiquete a Pontón Garcés, para que fuera devuelto ya que no asistiría al seminario ‘problemática sectorial del servicio público de transporte urbano’; demostrándose, que la enjuiciada recibió física y materialmente el tiquete, que luego vendió” (fls. 12 y ss. cno. Trib.).

No obstante, estas consideraciones del juzgador de alzada, es lo cierto que no son objeto de ningún tipo de análisis ni de controversia por parte de la casacionista, quien se limitó a enunciar la configuración de supuestos errores de existencia y de identidad en la apreciación probatoria, pero omitió acreditar su trascendencia en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo, al punto que guardó silencio sobre las pruebas que dicen de la responsabilidad penal de su asistida, lo que denota la precariedad

de la censura e impide Corte declarar su prosperidad.

Esta misma situación de inocuidad para desquiciar el fallo, concurre en la denuncia de haberse dejado de considerar en los fallos la certificación sobre el salario devengado por la procesada para la época de los hechos y la diligencia de indagatoria en lo relativo a los bienes que muebles e inmuebles de su propiedad, toda vez que aún en el supuesto de que los juzgadores hubieren apreciado tales medios, la conclusión fáctica y jurídica no sería diversa de la asumida en la sentencia ameritada, toda vez que con ellos no se desvirtúa el hecho cierto de la apropiación de bienes del erario, la realización de una falsedad documental para encubrir dicho comportamiento y la prueba que indica, en grado de certeza, la responsabilidad penal de la procesada.

Asiste razón por tanto a la Delegada, cuando considera que “el argumento que plantea el censor con esta prueba no resiste mayor esfuerzo analítico, toda vez que en los ilícitos que atentan contra el patrimonio estatal para nada influye la condición salarial de los procesados, y al contrario, la experiencia y la justicia material reclaman que la comisión de tal delito, cuando el sujeto activo percibe un alto ingreso salarial, merece el mayor reproche, no por el valor de un bien, sino por el daño que ello ocasiona a la imagen y moralidad como principio rector de la función pública”.

Así las cosas, ante la no demostración de la trascendencia de los errores de apreciación probatoria, los cargos no prosperan.

2.- Incongruencia entre acusación y fallo. (Tercer cargo)

La demandante considera que por haber sido condenada la procesada como “autora” del delito de falsedad ideológica en documento público, no obstante que en la acusación se la consideró “determinadora” del mismo, se rompió la congruencia que de estos pronunciamientos se exige en la ley de rito.

Cierto es, como se sostiene por la libelista, que en contra de la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, la Fiscalía profirió resolución de acusación como presunta responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público “este último en calidad de determinadora” y los juzgadores de instancia la condenaron como autora de los referidos delitos.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que la congruencia se predica entre la resolución acusatoria (o su equivalente) 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).

También ha precisado que la ley no exige total identidad o armonía perfecta entre la acusación y la sentencia; lo constituido es una garantía de que el proceso gravite en torno a un eje conceptual, fáctico u jurídico, circunscrito a unos límites dentro de los cuales puede desenvolverse, que le permiten incluso cambiar el delito en cuanto su especie, siempre que no desborde el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria ni agrave la situación del sindicado.

Así, el juzgador no viola dicha garantía al sentenciar como cómplice al acusado de autoría, o al llamado a juicio por un hecho punible consumado condenarlo por tentativa, o por un delito complejo a quien se le hubiere endilgado un concurso.

Pese a que la Fiscalía imputó determinación de falsedad ideológica en documento público y el juzgador condenó a la sindicada como autora de dicha conducta, es lo cierto

que el fallo respetó la imputación y sólo se movió dentro del marco jurídico que le permitía realizar los correspondientes ajustes, no salió del capítulo delictivo, e inclusive se mantuvo dentro del mismo artículo señalado en la providencia enjuiciatoria, sin que con ello hiciera más gravosa la situación de la procesada, toda vez que, como con acierto es señalado por la Delegada, tanto en el anterior Código Penal como en el actual, la ley le da idéntico tratamiento punitivo al autor y al determinador.

Asiste por tanto razón al Procurador Delegado, al considerar que “la defensa de la procesada tampoco sufrió detrimento, por cuanto a la luz de la anterior legislación, en la acusación se describe con claridad la forma en que actuó la procesada, y ésta pudo defenderse de dicha calificación, que simplemente, como antes se ha señalado, significó una denominación diversa, la que en todo caso es completa y clara, y no se registró ninguna variación de los hechos, denominación jurídica o circunstancias de agravación o atenuación, que pongan en duda lo que realmente ocurrió”.

De este modo, no obstante la variación plasmada en el fallo en torno a la forma de intervención en la conducta delictiva, se mantuvo la consonancia entre la resolución de acusación y el fallo, por lo cual se concluye que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

3.- Violación directa de la ley sustancial. (Primer cargo).

La demandante, en postura que el Ministerio Público prohija, en el desarrollo del primer cargo sostiene que los juzgadores aplicaron indebidamente el artículo 286 de la ley 599 de 2000 que define el delito de falsedad ideológica en documento público, y dejaron de aplicar el artículo 287 ejusdem, que define el de falsedad material en documento público, pese a que los hechos que declararon probados, los cuales no son discutidos en el libelo, corresponden a este tipo penal y no a aquél, lo que implicó para la procesada un agravio en la individualización de la pena impuesta.

En relación con los tipos penales en conflicto, la Corte ha indicado lo siguiente:

“La falsedad ideológica en documentos es por definición un atentado al deber de veracidad. Se incurre en ella cuando el servidor público, o el particular, en ejercicio de la facultad certificadora de la verdad, hacen afirmaciones contrarias a ella, o la callan total o parcialmente, en un documento que puede servir de prueba. Algunas de sus principales características son, por tanto, que es un atentado al deber de decir la verdad, y que las afirmaciones mentirosas deben ser directamente realizadas por el servidor público, o por el particular que extiende o suscribe el documento. En eso consiste la falsedad.

“Es el caso, por ejemplo, del notario que certifica que una determinada persona asistió al otorgamiento de una escritura, no siendo ello cierto; o del juez que en el acta de una diligencia deja constancia de la presencia en ella de alguien que no concurrió; o del jefe de personal que certifica que uno de sus empleados laboró durante determinados días, no siendo ello verdad; o del director de prisiones que certifica que un interno laboró durante determinados días, no habiéndolo hecho.

“La falsedad material, en cambio, es un atentado a la integridad material del documento, a su genuinidad, que se presenta cuando el documento es creado totalmente, en cuyo caso se habla de falsedad material impropia, o cuando se altera el contenido material de uno existente, hipótesis conocida como falsedad material propia. Un ejemplo del primer caso sería el del sujeto que crea una cédula de ciudadanía o un pasaporte falso, y del segundo el del sujeto que altera el nombre del comprador en una escritura pública de compraventa de un bien inmueble, para hacer aparecer otro”¹.

En este caso, el documento tildado de espurio por los juzgadores, es una denuncia

por pérdida del tiquete aéreo supuestamente formulada por la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS el 18 de noviembre de 1994 ante el Inspector 18 C Distrital de Policía de Bogotá, doctor Víctor Julio Gómez Sánchez (fl. 250 cno. 1), cuya firma, según se estableció pericialmente, “fue producto de una reproducción fraudulenta por el método de IMITACIÓN” (fl. 121 y ss. cno. 2).

Esta verdad, no desconocida por la casacionista en la postulación de la censura, fue precisamente la declarada por el juzgador de alzada al indicar lo siguiente:

“De otra parte, está igualmente demostrado en el proceso que Alba del Carmen Pontón Garcés con el ánimo de no ser descubierta por la venta del pasaje aéreo, elaboró apócrifa certificación de extravío, acreditado con el dictamen de grafología forense del D.A.S., en donde se concluye que, ‘la firma como de Alba del Carmen Pontón Garcés que se diseñó en la constancia de fecha 18 de noviembre de 1994, presenta uniprocedencia manuscritural junto con sus aportes caligráficos, la firma como de VICTÓR JULIO GÓMEZ SÁNCHEZ fue producto de una reproducción fraudulenta por el método de imitación’ (subrayado fuera del texto)” (fl. 15 cno. Trib.).

Estos hechos así declarados, impiden adecuar la conducta en el tipo de falsedad ideológica en documento público, pues, como atinadamente se indica en la demanda y se conceptúa por el Ministerio Público, el documento no fue extendido por la procesada en ejercicio de sus funciones, ni en cabeza suya se encontraba radicada la facultad de recibir dicho tipo de denuncias. Lo cierto es que se presentó una creación integral de un documento público para hacerlo aparecer como genuino, comportamiento que encuentra adecuación típica en los artículos 220 del Código Penal de 1980 (vigente para la época de los hechos), y 287, inciso primero, de la Ley 599 de 2000, que definen el delito de falsedad material de particular en documento público.

La adecuación de la conducta en la norma que define la falsedad material de documento

público por particular, y no en la que tipifica la realizada por servidor público, responde al hecho de que entre la condición de servidor público y la conducta falsaria no existe relación directa de causalidad, o lo que es igual, que la adulteración material del documento no sobrevino en cumplimiento o en ejercicio de las funciones propias del cargo de Secretaria General de la Comisión Sexta del Senado de la República.

Como agravante concurre la prevista en el artículo 222 del Código Penal de 1980 (290 del actual), pues el documento falso fue utilizado por la procesada para adjuntarlo al oficio remitido el 18 de enero de 1995 al doctor Pedro Pumarejo Vega Secretario General del Senado de la República, como de ello se da cuenta a folios 252 del cuaderno original No. 1, con el fin de encubrir la apropiación del tiquete por parte suya. No obstante esta agravante no fue deducida en la resolución de acusación de segunda instancia, ni, por tanto, tomada en cuenta por los juzgadores en el proceso de individualización de la pena, sin que pueda ser considerada en sede extraordinaria, pues de deducirse, se incurriría en un vicio de incongruencia y adicionalmente en violación de la prohibición de la reforma en peor cuando el condenado es apelante único.

Lo expuesto permite concluir que los juzgadores erraron en la calificación jurídica de la conducta falsaria, y que le asiste razón a la demandante cuando sostiene que la misma no es constitutiva del delito de falsedad ideológica en documento público sino de falsedad material de particular en documento público. Por tanto, se declarará la prosperidad del cargo, debiéndose casar parcialmente la sentencia y proferir la correspondiente de reemplazo.

4.- Consecuencias jurídicas de la prosperidad del cargo planteado al amparo de la causal primera, cuerpo primero.

4.1. - Prescripción.

La falsedad material de particular en documento público adscribía en el Código Penal

de 1980 (bajo cuya vigencia fue cometido el hecho), sanción privativa de la libertad de 2 a 8 años de prisión (artículo 220). En la ley 599 de 2000 tiene adscrita pena de 3 a 6 años de prisión (artículo 287).

La prescripción de la acción penal opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada para el delito por el que se procede si no media resolución de acusación ejecutoriada, y en la mitad de este término cuando existe acusación, contados a partir de su ejecutoria, sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco (5) años. Tanto uno como otro términos se aumentan en una tercera parte cuando el delito es cometido en el país por servidor público en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos (artículos 80 y 82 del Código de 1980 y 83 del Código del 2000).

En el caso analizado el delito fue cometido por una servidora pública, y aunque no se presentó en ejercicio de sus funciones, sí lo fue con ocasión de ellas, concretamente de su condición de Secretaria General de la Comisión Sexta del Senado de la República, razón por la cual debe aplicarse el incremento de una tercera parte al término prescriptivo, como lo disponen las normas citadas. En este punto advierte la Corte que la ley quiso extender los efectos de la disposición no solo a las conductas que mantienen una relación necesaria de causa a efecto con la función, sino aquellas en las cuales la relación con la gestión funcional es de simple ocasión u oportunidad, como sería el caso estudiado.

Hechas estas precisiones, se concluye que el tiempo requerido para que opere el fenómeno prescriptivo de la acción en relación con este delito, no se ha cumplido todavía, sea que se tenga en cuenta para tales efectos la pena prevista en el Código de 1980 (2 a 8 años) o la contemplada en la ley 599 de 2000 (3 a 6 años). Frente a esta última, el término prescriptivo sería de 8 años en la fase de la instrucción ($6+1/3$), y de 6 años y 8 meses en la fase del juicio, quantum este último que resulta de incrementar al término mínimo de prescripción en esta fase (5 años), en una tercera parte (1 año, 8 meses). Y frente a la primera, sería de 10 años y 8 meses en la fase de la instrucción ($8+1/3$), y de 6

años y 8 meses en la fase del juicio (5 años +1/3). Ninguno de estos topes prescriptivos se ha consolidado.

Los hechos, como se recuerda, ocurrieron en el mes de enero de 1995, y la resolución de acusación causó ejecutoria el 6 de junio de 2000. Esto quiere decir que para la fecha en la cual la acusación obtuvo firmeza apenas habían transcurrido 5 años y 4 meses, y que desde entonces hasta la fecha solo han pasado 6 años.

Frente a la calificación dada a los hechos en la resolución de acusación, tampoco la acción ha prescrito, porque el término mínimo de prescripción para delitos funcionales o especiales en cualquiera de las fases (instrucción o juicio), es de 6 años y 8 meses, según viene siendo reiterado por la jurisprudencia de la Corte (Cfr. Casación oct. 27/2004, Rad. 21090).

Lo expuesto permite que la Corte proceda a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo.

4.2.- Fallo de sustitución.

La errónea calificación jurídica de la conducta en relación con la falsedad no vicia de nulidad el proceso ni impide dictar fallo de sustitución. La Corte ha sido reiterativa en sostener que el principio de congruencia no implica la existencia de una relación de conformidad absoluta entre el acto de acusación y el fallo, sino el señalamiento de un eje conceptual fáctico jurídico que garantice el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, que no se rompe cuando la nueva calificación de la conducta (cualquiera que sea), respeta el núcleo central de la imputación fáctica, y la situación se torna favorable al procesado.

Bajo esta comprensión del instituto, ha dicho que el Juez no incurre en vicio de incongruencia cuando condena al implicado por homicidio simple habiendo sido acusado por homicidio agravado, o cuando lo hace por lesiones personales habiendo sido llamado a juicio por tentativa de homicidio, o cuando concluye en un abuso de confianza habiendo sido acusado por peculado por apropiación, siempre y cuando se mantenga incólume el núcleo básico de la conducta imputada, pues en los ejemplos dados se conservaría la unidad lógica del proceso, y la situación del procesado no se vería agravada (Cfr. Auto de 14 de febrero de 2002, Rad. 18457 y Casación de 4 de agosto de 2004, Rad. 21287, entre otros pronunciamientos).

En el caso analizado, ninguna duda cabe en torno al cumplimiento de las condiciones requeridas para dictar fallo de sustitución, sin que sea necesario retrotraer el proceso a una fase anterior con el fin de propiciar previamente la variación de la calificación jurídica de la conducta. De una parte, la nueva calificación respeta el núcleo básico de la conducta imputada, y de otra, la pena que adscribe es menos severa.

El supuesto fáctico que motiva la condena por el delito de falsedad material en contra de ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, consiste, como se recuerda, en haber imitado la firma del Inspector 18 C Distrital de Policía en el documento público remitido a la Secretaría General del Senado, en el que en una fecha no coincidente con la verdad, denunciaba, sin ser cierto además, la pérdida del tiquete aéreo oficial que meses antes había vendido a la coprocesada LILIANA MARGARITA NAVARRO ORTEGA, conducta que guarda total identidad con la que sirvió de fundamento para la imputación del delito contra la fe pública en la resolución de acusación.

Este delito, en términos punitivos, como se indica por la demandante, resulta menos gravoso para la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, como quiera que en el Código de 1980 (vigente para la época de los hechos) tiene prevista pena privativa de la libertad de 2 a 8 años de prisión, mientras que el delito por el cual fue acusada y

condenada (falsedad ideológica), tiene fijada pena de 3 a 10 años, de donde se sigue que por dicho aspecto tampoco existe obstáculo para dictar fallo de sustitución, a lo cual se procederá seguidamente.

Según se indica en el fallo de segunda instancia, ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS fue condenada a la pena de cuatro (4) años de prisión, “multa de mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de un año, en lugar de la fijada por el juzgado de instancia” (fl. 18 cno. Trib.) al hallarla penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

Pese a que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas resulta violatoria del principio de legalidad, en cuanto transgrede lo dispuesto por el artículo 52 del Decreto 100 de 1980, por ser inferior al mínimo establecido, esta situación no puede ser corregida en sede extraordinaria pues de hacerlo resultaría transgrediendo la prohibición de reforma en peor cuando el procesado es apelante único, como aquí sucede.

De igual modo, advierte la Sala la necesidad de acudir a la oficiosidad establecida en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, a fin de excluir de la sentencia de segunda instancia la pena de multa en cuantía de mil pesos impuesta a la procesada PONTÓN GARCÉS, toda vez que dicha pena no fue deducida por el a quo y su imposición en segunda instancia constituyó una violación a la prohibición de reforma peyorativa, sin que la Corte pueda mantener o aumentar dicha condena, pese a estar legalmente prevista para el delito de peculado en cuantía equivalente al valor de lo apropiado, ya que de hacerlo incurriría en el mismo tipo de error que ahora reprocha al ad quem.

Ahora bien, al dosificar la pena, el Tribunal partió del mínimo previsto para el delito de falsedad ideológica en documento público -tres (3) años-, tras considerar que éste es el delito más grave, y lo aumentó en un año (1) año por razón del delito concurrente (peculado por apropiación), para un total de cuatro (4) años.

Esta situación se mantiene, toda vez que el delito más grave sigue siendo el relativo a la fe pública (art. 220 del Decreto 100 de 1980), tiene fijada pena privativa de la libertad de dos (2) a ocho (8) años, en tanto que el delito de peculado, previsto por el inciso segundo del artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, establece pena de prisión entre dieciocho (18) meses y siete (7) años y seis (6) meses, cuando la apropiación se realiza sobre bien que no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso, el valor de lo apropiado ascendió a ciento treinta mil ochocientos pesos (\$130.800.00), según cuantía determinada por el a quo (fl. 206 cno. 4), por tanto inferior a aquella, si se tiene en cuenta que para la época de los hechos (1994), el salario mínimo fue fijado en \$98.700.00, conforme se determinó mediante el Decreto 2548 de 1993.

Siguiendo las mismas pautas de dosificación tenidas en cuenta en la segunda instancia, la Corte aplicará para el delito de falsedad material en documento público el mínimo previsto en el artículo 220 del Código Penal de 1980 (2) años, por resultar más favorable.

Ahora bien, 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 falsedad material de particular en documento público por el cual la procesada se haría acreedora a veinticuatro (24) meses de prisión, éste será el quantum punitivo a partir del cual se establecerá la pena por razón del concurso con el delito de peculado por apropiación.

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 doce (12) 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 cuarenta y ocho (48) meses de prisión, partiendo de treinta y seis (36) meses por el delito de falsedad, los cuales incrementaron en doce (12) meses por el concurso con el de peculado por apropiación, aumento éste que equivale a un 33.33%.

Como quiera que en sede casación la pena por el delito de falsedad material de particular en documento público se fija en veinticuatro (24) meses de prisión, el incremento a que

se hace referencia en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, por virtud del concurso con el delito de peculado por apropiación, equivale a ese 33.33%, esto es, ocho (8) meses de prisión, para un total de treinta y dos (32) meses, siendo esta la pena que deberá purgar la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS, como autora del concurso de delitos de falsedad material de particular en documento público y peculado por apropiación.

4.3.- Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Como quiera que los juzgadores de instancia negaron a la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tras observar que no se reunía el requisito de carácter objetivo relativo a la pena privativa de la libertad, situación que sí concurre con ocasión de la prosperidad parcial de la casación interpuesta por la defensa, resulta indispensable que la Sala aborde el análisis del aspecto subjetivo en orden a determinar si procede su concesión.

Según lo narrado en la indagatoria, la procesada es una profesional egresada de varias universidades legalmente reconocidas, ha desempeñado varios cargos en el sector público y carece de antecedentes penales, lo que indica que las conductas punibles por las que se le procesa han sido las únicas que ha realizado, lo que permite considerarla como delincuente meramente ocasional.

Además, la modalidad de la conducta llevada a cabo, sin coparticipación criminal, sobre un bien de poca cuantía, y a la vista de sus compañeros de trabajo, son circunstancias indicativas de que no existe necesidad de ejecución de la pena privativa de la libertad.

Por razón de ello, se suspenderá la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso a cumplir estrictamente las obligaciones previstas por el artículo 69 del Decreto 100 de 1980, las cuales garantizará mediante caución, que para el efecto la Corte tendrá la misma que prestara en anterior ocasión cuando se le concedió la libertad provisional (fl. 202 del C.

O. No. 2).

4.5.- Cuestión final.

Habida cuenta que los falladores no impusieron a la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS la sanción de que trata el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política, impera precisar 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.

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

RESUELVE:

1.- CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado.

2.- CONDENAR a la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión, como autora penalmente responsable del concurso de delitos de falsedad material de particular en documento público y peculado por apropiación.

3.- EXCLUIR la pena de multa en cuantía de mil pesos, impuesta por el ad quem a la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS.

4.- CONCEDER a la procesada ALBA DEL CARMEN PONTÓN GARCÉS el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de dos (2) años, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos anotados en la parte motiva.

5.- En lo demás el fallo se mantiene incólume.

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

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Crf. Cas. Junio 15 de 2005. Rad. 23069.

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