

Proceso No 25852

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta n.º 115

Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis.

VISTOS

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado DANIEL CAICEDO GUERRERO, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de febrero de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que por descongestión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, modificó la que el 16 de julio de 2003 emitió el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta última ciudad que condenó al procesado a la pena de 50 meses de prisión y multa equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor responsable de la conducta punible de abuso de confianza calificado y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, en el sentido de otorgarle el sustituto acabado de mencionar.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El tribunal los sintetizó de la siguiente manera:

“Los hechos se dieron a conocer, mediante denuncia que instaurara ante la Fiscalía General de la Nación el Director Jurídico Seccional ISS de Santander DR. LUIS JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, contra la empresa COOCELANDER LTDA., por adeudar ésta, la suma de \$196.558.349, por concepto de aportes al sistema de seguridad social a partir de abril de 1.996 y siguientes, producto del descuento mensual que se le hicieran a los trabajadores para salud, tal como constaba en las nóminas.

Asegura haber obtenido dicha información, por las visitas realizadas por los supervisores de la coordinación de recaudo y cartera, configurándose una conducta delictuosa, pues existía una indebida apropiación de dineros a los trabajadores por parte de su empleador.”

Con base en la denuncia formulada por Luis José Gómez Restrepo, Director Jurídico de la Seccional Santander del Instituto de Seguros Sociales, el Fiscal 001 Seccional Delegado ante los Jueces Penales de Circuito de Bucaramanga profirió resolución de apertura de instrucción el 12 de febrero de 1999.

DANIEL CAICEDO GUERRERO fue escuchado en indagatoria el 12 de abril de 1999, acto que dio lugar a que el siguiente 30 de agosto de 2000 la fiscalía, al resolver situación jurídica, se abstuviera de imponer medida de aseguramiento.

Luego, cerrado el ciclo instructivo el 13 de febrero de 2001, el órgano investigador acusó a DANIEL CAICEDO GUERRERO como posible autor responsable del delito de peculado por apropiación, según resolución del 16 de julio de ese año. Recurrida por la defensa esta determinación, fue confirmada el 30 de noviembre subsiguiente.

La fase del juicio la asumió el Juzgado 4º Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que después de superar algunas incidencias procesales, emitió la sentencia de primer grado, en la fecha y sentido mencionados, la cual fue modificada en la que es objeto de este recurso extraordinario.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

En el único cargo planteado, el demandante impugna la sentencia de segunda instancia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, pues el debido proceso se vulneró al violarse el principio de motivación de la sentencia, por exaltación incompleta o deficiente.

Para desarrollar la censura, el actor cita algunos pronunciamientos de esta Corporación que explican en qué consiste la motivación de las sentencias y cuáles son las clases de defectos que sobre esas exigencias en ellas se pueden presentar.

A su modo de ver, la sentencia proferida por el tribunal tiene un sustento precario, no trasluce los fundamentos fácticos y jurídicos, es decir, tiene una motivación incompleta o deficiente.

Aclara el censor que no sostiene que la sentencia carezca absolutamente de motivación, pues pese a la poquedad de argumentos, el tribunal encontró responsable al procesado cuando señaló que por no trasladar al Seguro Social los aportes en salud de los trabajadores se desarrolló una conducta apropiatoria que tipifica el delito de abuso de confianza calificado, pero dejó al margen la respuesta clara, precisa y concreta planteada por la defensa en el recurso de apelación, como tampoco se ocupó del juicio sobre los elementos probatorios que apoyaron su decisión, ni plasmó las razones jurídicas de su conclusión.

Con apoyo en otra sentencia de la Corte, el casacionista sostiene que la sentencia recurrida no tiene verdadera y relevante fundamentación probatoria y jurídica. Resolvió el problema jurídico de forma simplista, sin considerar su fondo ni el juicio probatorio y soporte legal planteado en la apelación.

De esa forma, destaca que el sentenciador de segundo grado no se refirió a la

naturaleza jurídica de la cooperativa COOCELANDER ni a la normatividad aplicable en materia de aportes al seguro social, como dejó de examinar los alcances del convenio de pago suscrito entre el I.S.S. y COOCELANDER respecto de la naturaleza jurídica de la cooperativa y la situación de iliquidez por la que atravesaba.

No tuvo en cuenta el tribunal, al analizar la responsabilidad del procesado, el marco regulador de las cooperativas de trabajo asociado, es decir, la Ley 79 de 1988, ni las normas que esa clase de cooperativas deben observar en materia de aportes al régimen de seguridad social, o sea la Ley 100 de 1993 mas no el Decreto 468 de 1990, aspectos que fueron planteados por la defensa en la apelación y que no encontraron respuesta alguna.

Igualmente es incompleta la motivación del fallo en punto de la tesis de la defensa sobre la atipicidad de la conducta imputada. Sobre el punto fue superficial el análisis del sentenciador, pues consideró la tipicidad pero sin referencia a los elementos de prueba apoyo de la conclusión, ni a las razones jurídicas sustento del injusto y de la responsabilidad penal del procesado.

La defensa no pudo conocer los motivos fácticos y jurídicos considerados por el tribunal para declarar la responsabilidad de CAICEDO GUERRERO. Es notoria la falta de análisis respecto de lo fáctico y lo jurídico; apenas obran tímidas alusiones a las propuestas de la defensa. El fallo de primer grado se confirma sin mayores esfuerzos probatorios ni conceptuales.

Ante la desatención de lo que debatió la defensa, se concreta quebranto del derecho a la defensa y al principio de contradicción, que componen el debido proceso penal, pues es evidente la falta de respuesta a los argumentos del apelante. La deficiente motivación de la sentencia impide conocer a los sujetos procesales el preciso sustento de la decisión judicial.

El defecto de la sentencia, prosigue el acto, tiene trascendencia porque subvierte las formalidades señaladas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, conculca la doble instancia y los derechos de contradicción y defensa, porque el juzgador de segunda instancia no cumplió con su deber de motivarla de acuerdo con el principio de necesidad de motivación de las decisiones judiciales.

Como es evidente la violación de ese principio, es clara la nulidad de la sentencia de segundo grado por violación del debido proceso, según lo señala el artículo 306-2 del Código de Procedimiento Penal. Por tal razón, el casacionista solicita se case la sentencia objeto de censura y se proceda a dictar el correspondiente fallo de reemplazo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. La Procuradora 2ª Delegada para la Casación Penal empieza por comentar que el casacionista acertó al seleccionar la causal de casación invocada, por cuanto las irregularidades en la motivación de la sentencia generan nulidad por violación del debido proceso.

Por tal razón, dedica algunas reflexiones acerca del carácter garantista que tiene la exigencia de motivación de los fallos judiciales y a destacar cuáles son las clases de error relacionados con la motivación que pueden afectar los fallos. Subraya que no cualquier deficiencia argumentativa se erige en yerro de tal magnitud, sino aquellas materialmente capaces de afectar el debido proceso o el derecho de defensa.

Expuesto ese preámbulo, la Delegada entra a examinar la construcción de la sentencia, integrada por los fallos de primera y segunda instancias, lo mismo que la apelación interpuesta por el defensor contra la de primer grado.

De esa forma, respecto de la aludida sentencia de primera instancia, la Procuradora pone de relieve los elementos probatorios en los que se basó el a quo para encontrar

demostrado la existencia de la cooperativa COOCELANDER, la identidad de su gerente para la época de los hechos y los descuentos que hizo tal cooperativa para cubrir la seguridad social de “sus empleados, socios, o como se les quiera llamar.”

Del mismo modo destaca que el a quo, con base en la declaración de Luz Karime Rangel González, reconoció que a pesar de que la entidad sólo cumplía funciones de agrupación de los empleados o socios por lo que no había relación laboral entre éstos y la cooperativa, era reprochable que el gerente incumpliera el pago al ISS de la seguridad social de los asociados. El punto también lo estableció con la indagatoria del procesado, quien admitió atrasos en el pago al seguro, que se hicieron descuentos a los asociados para el efecto, agregando que COOCELANDER como cooperativa asociada empleó en otras prioridades el dinero para satisfacer la deuda ante el ISS.

Hacer ver que ese aspecto está confirmado con el convenio de pago suscrito entre la cooperativa y el ISS, los testimonios de Gilberto Gutiérrez, Miguel Vanegas, Pastor Celis Bohórquez y José Manuel Osorio Cala. El juzgado se basó igualmente en el hecho de que COOCELANDER figuraba ante el ISS como empleador de sus asociados, como aparece en las planillas o nóminas, razón por la cual debía responder por la seguridad social de éstos.

Por ese motivo, el a quo precisó que la conducta se adecuaba al peculado por apropiación, porque el agente era un particular que al administrar bienes parafiscales funge como servidor público, aunque lo condenó por abuso de confianza calificado considerando que el peculado por extensión que cometen los particulares se convirtió en aquél delito.

En cuanto al fallo del tribunal, la Delegada hace ver que la inconformidad del apelante con el fallo de primer grado estuvo enfocado en que se determinó la naturaleza jurídica de COOCELANDER con base en el Decreto 468 de 1990 siendo que la normativa aplicable era

la Ley 100 de 1993, que señala que las cooperativas de trabajo asociado se convirtieron en entidades agrupadoras y cada asociado trabajador era el responsable del pago de aportes al ISS. También destacó que el apelante ataca al a quo por no tener en cuenta que el convenio de pago celebrado entre COOCELANDER y el ISS se produjo porque la cooperativa no tenía recursos para cubrir lo adeudado, de modo que todos los asociados, incluido el gerente, asumían la pérdida, motivo por el cual no se podía concluir que el gerente se apropió de los dineros, lo cual descarta la tipicidad del comportamiento.

El tribunal estimó, dice la Delegada, en punto de la responsabilidad de CAICEDO GUERRERO, que los descuentos realizados a los cooperados se encuentran demostrados, lo mismo la falta de pago al ISS; también señaló el tribunal que no es cierto, como lo planteó el apelante, que la Cooperativa no hubiera recibido dinero de los asociados, pues ese hecho está acreditado con prueba documental y testimonial.

Así aparece en las planillas en las que constan los descuentos para seguridad social y en las declaraciones de Luz Karime Rangel, Edgar Portilla y Pastor Celis. Para el tribunal, como lo apuntó el apelante, que el pago a la seguridad social fuese responsabilidad de cada asociado y no de la cooperativa, no desvirtuó sino reforzó la certeza sobre la materialidad del delito, porque indicaba que el dinero retenido era propiedad de los asociados. Sobre este aspecto obra el convenio de pago entre COOCELANDER y el ISS, que demuestra la mora en el pago de los aportes y el uso del dinero descontado en otros fines. No le otorgó trascendencia alguna al hecho de que el procesado hubiese sido reelecto en la gerencia de la cooperativa, porque fue al ISS y no a los asociados la entidad a la que no llegó el dinero adeudado.

Tampoco fue relevante para el ad quem la crisis financiera de la cooperativa en orden a desvirtuar la responsabilidad, en cuanto los dineros fueron efectivamente descontados a los asociados para pagarse al ISS, dándoseles un uso diferente.

Hace ver la Delegada que aunque descartó que la conducta fuese atípica, el tribunal aclaró que se adecuaba al abuso de confianza calificado previsto en el artículo 250-3 del Código Penal, pues el peculado por extensión desapareció, el agente no tenía la calidad de servidor público y los comportamientos descritos en este tipo fueron recogidos por tal norma.

Luego, la Procuradora indica los argumentos expuestos en la apelación de la sentencia de primera instancia. Así, el relativo al régimen de COOCELANDER, regulado por las Leyes 100 de 1993 y 79 de 1998 mas no por el Decreto 468 de 1990, desconociéndose de tal manera que los vigilantes como asociados trabajadores eran los dueños de la entidad, que éstos eran trabajadores independientes, que la cooperativa actuaba como agrupadora de gestión y que los asociados eran quienes respondían por el pago de las cotizaciones.

Del mismo modo, el aspecto de la equivocada apreciación del convenio de pago del 3 de marzo de 1999 suscrito entre la cooperativa y el ISS para restaurar los servicios médico asistenciales a los asociados, porque se presumió que para esta entidad la cooperativa aceptó haber hecho los descuentos y que su gerente Caicedo Guerrero no los había entregado al ISS. Tal convenio debió interpretarse en el sentido que el incumplimiento en los pagos respondió a la falta de liquidez de la cooperativa, lo que resulta irrelevante para el derecho penal.

El a quo no observó lo ilógico que resultaba que CAICEDO GUERRERO haya sido reelegido como gerente si en verdad hubiese delinquido. Este es otro argumento de la apelación.

La conducta es atípica respecto del delito de abuso de confianza calificado, ya que el sujeto agente no incurrió en apropiación; si los aportes destinados al ISS no se pagaron, se debe a que la cooperativa no tuvo ganancias que le permitieran cumplir, lo cual generó

una pérdida que fue asumida por todos los asociados, incluido el gerente.

A renglón seguido la Delegada entra a verificar si existe la denunciada deficiencia argumentativa en la conjunción de los pronunciamientos de las instancias. De esa forma, encuentra que el fundamento fáctico y jurídico de la condena se plasmó de manera clara y suficiente en los argumentos esgrimidos en las sentencias.

De esa manera, precisa los hechos demostrados y sus fundamentos probatorios y jurídicos. En ese sentido, para la Delegada en los fallos se encontró demostrado que COOCELANDER, representada por su gerente DANIEL CAICEDO GUERRERO, realizó descuentos a sus afiliados con el fin de cubrir la seguridad social de los mismos.

También hace sobresalir que para los juzgadores el régimen legal o la naturaleza legal de la cooperativa y la condición como a ella estaban vinculados los afectados, bien como trabajadores o como asociados de la entidad, o si esta operaba como patrono o aglutinador de los mismos, ninguna relevancia le significó porque la cooperativa tenía la obligación de entregar al ISS los dineros retenidos.

Al respecto, observa que el fallador sostuvo que COOCELANDER figuraba ante el ISS como empleador de sus asociados, según figura en las planillas o nóminas, motivo por el cual debía responder por la seguridad social de ellos sin consideración alguna a la naturaleza de la cooperativa ni de la de sus asociados, pues los descuentos fueron realizados a los empleados o socios, fueron descontados y no se pusieron a disposición del ISS.

De acuerdo con el criterio de la Delegada, si el argumento del sentenciador descansó en la irrelevancia del régimen de la cooperativa, no era lógico que se ampliara a las normas que regulaban la gestión de la misma. Por esta razón, agrega, cuando el casacionista reprocha carencia de argumento sobre la naturaleza jurídica del régimen de la entidad y de sus integrantes, y que el juzgador se equivocó en la norma que la regulaba, exige un razonamiento que no era esencial para restar fundamento a la condena, según el

contexto de ésta. De considerar que el sentenciador erró en la aplicación de una norma de derecho sustancial, el censor debió invocar la causal primera de casación.

Observa la Delegada que así se hubiese aclarado qué norma regía la cooperativa, conforme a la Ley 79 de 1988 o a la 100 de 1993 no se modificaba “el hecho de que el procesado fuera un particular que por manejar bienes parafiscales y tener la obligación de trasladarlos a una entidad estatal fuera un particular en cumplimiento transitorio de funciones públicas y por tanto sujeto activo del delito”.

Luego cita el contenido del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, que remite a los estatutos y reglamentos de las cooperativas de trabajo asociado la fijación del régimen de seguridad social si los aportantes de capital son al mismo tiempo trabajadores y gestores de la empresa, lo mismo que el artículo 15 del Acuerdo 002 de 1996 emitido por COOCELANDER, el cual establece que los asociados de la cooperativa serán afiliados al ISS para que reciban todos los beneficios previstos para los trabajadores dependientes y que los aportes se cancelarán en los porcentajes que establece la ley para los patronos y los trabajadores.

De igual manera, hace referencia a los artículos 15 y 16 del Decreto 468 de 1990, que desarrolla la Ley 79 de 1988, referentes al contenido del régimen de previsión y seguridad social que deberán prestar esa clase de cooperativas a sus asociados, lo mismo que las obligaciones del ISS y de las cajas de compensación de afiliar a los trabajadores asociados a tales cooperativas. Observa que si bien la Ley 100 de 1993 reguló el tema de seguridad social de los trabajadores asociados y que pese a que esa normatividad significó un cambio en el régimen general de pensiones y salud, “no modificó las obligaciones que para con el sistema de seguridad social contrae quien deduce a los asociados los valores por seguridad social”.

En tal contexto, la Delegada estima que en ningún yerro eminente incurrió el juzgador al

no darle trascendencia al punto del régimen que regula el sistema de seguridad social de los asociados a la cooperativa, porque así se admitiera que se equivocó al citar la norma, lo esencial es que el servicio público de la seguridad social se afecta cuando el gerente de la misma omite trasladar al ISS los dineros parafiscales que deducía a cada uno de los asociados con ese fin.

También destaca la Procuradora que hubo argumentos relacionados con el convenio de pago entre el ISS y la cooperativa, pues en la sentencia se apreció el respectivo documento pero no con el alcance que pretende el censor, porque para el sentenciador tal acuerdo demostró que los dineros descontados no llegaron a aquella entidad.

Del mismo modo, la Delegada advierte que el fallo se ocupó de la alegada iliquidez de la cooperativa, para señalar que no hubo una simple mora y que tal situación no era justificante de la conducta, ya que los dineros se descontaron a los asociados, no se pagaron al ISS y se utilizaron en otros fines.

En lo que tiene que ver con la apropiación de los dineros, la Delegada hace referencia a las diferentes afirmaciones sentadas en la sentencia sobre el particular, esto es, a la acción ejecutada, para hacer ver que en ésta el juzgador se ocupó del verbo rector con el fin de precisar que el procesado le dio otro destino a los dineros, como cubrir otras necesidades económicas, lo que configura la apropiación.

Frente a la alegada insuficiente respuesta a un aspecto de la apelación que tiene que ver con la reelección del procesado como gerente de la cooperativa, la agente del Ministerio Público encuentra que el fallo se ocupó del punto al sentar que esa circunstancia no modificó las cosas porque fue al ISS al que no le llegó el dinero de los aportes, es decir, el tema resultó irrelevante para descartar la certeza sobre la tipicidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, sin que se advierta cómo un argumento más extenso habría podido derribar la condena.

Sobre el mismo particular, la Delegada se refiere a la inconformidad del actor porque el tribunal no se refirió a la regla de experiencia invocada, consistente en que el dirigente de una entidad cooperativa que incurre en delitos en perjuicio de los asociados no es reelecto por éstos, motivo por el cual si fue reelegido como gerente es porque no cometió irregularidad alguna, para sostener que el sentenciador de segundo grado abordó el tópico como se dejó visto. Si no acogió la regla de la experiencia y con base en la misma no concluyó la atipicidad de la conducta, no significa que el juzgador dejó de resolverla. Además, el alegato sugiere un error de hecho por violación de las reglas de la sana crítica, lo que se aleja del motivo de casación postulada.

Para la Procuradora, a pesar de haber propuesto una deficiente argumentación de la sentencia, el actor se dedicó a cuestionar el sentido en que se dirigió la argumentación del sentenciador. Si bien los falladores de primera y segunda instancia no se extendieron en aspectos dogmáticos y probatorios, el tribunal no pasó por alto puntos jurídicos y fácticos relevantes y de exponer razonamientos con los cuales daba respuesta a la apelación. Además, sí fue prolijo en lo que tiene que ver con la calificación jurídica de la conducta, lo mismo que para conceder la prisión domiciliaria. Las sentencias conforman unidad y en ellas el fundamento fáctico y jurídico es claro. Si al casacionista la argumentación no le satisfizo, esto no significa que no haya sido suficiente.

Por tales razones, el cargo no debe prosperar.

2. La Delegada expone algunas consideraciones para protocolizar su desacuerdo con la calificación jurídica que a la conducta le dieron las sentencias, al modificarla del peculado por apropiación del artículo 133 del Código Penal de 1980, al cual se contrajo la acusación, hacia el abuso de confianza calificado que consagra el artículo 250-3 de la Ley 599 de 2000.

En resumen, la agente del Ministerio Público considera que los juzgadores desconocieron

que aunque el procesado no estaba investido como servidor público, era un particular que de manera transitoria cumplía función pública, con arreglo a lo señalado en el artículo 20 del Código Penal, que incorporó el contenido del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, y que además los dineros descontados a los asociados eran de naturaleza parafiscal, con objeto, destino y calidad de función pública que implica su administración, como se demuestra en las pruebas adosadas al proceso.

Por esos motivos no existía razón para adecuar el comportamiento en la hipótesis descrita en el artículo 250-3 del Código Penal de 2000, pues la afectación la recibió la administración pública y debido a que esa específica norma no se ocupa de bienes parafiscales como aquellos sobre los que puede recaer el abuso de confianza, los cuales sí están relacionados en el tipo que consagra el peculado por apropiación –artículo 397 ibídem-.

De manera que no había motivo para variar la calificación jurídica dada en la acusación a la conducta. Esto ocurrió debido a la equivocación de estimar que la fiscalía había acusado por peculado por extensión, cuando en realidad lo hizo por peculado por apropiación al tener en cuenta que la apropiación recayó sobre bienes parafiscales por parte de un particular que cumplía de manera transitoria funciones públicas. En este evento no cabía la invocación de la favorabilidad como lo hicieron los sentenciadores, porque ella implica un tránsito de legislaciones que involucre descripción más favorable o asignación de consecuencias menos gravosas por una de ellas frente a determinada hipótesis conductual.

Pese a ese yerro que significó la aplicación indebida de los artículos 250-3 del C, 6º inciso 2º y 10, así como la falta de aplicación del 397 del Código Penal, la calificación jurídica dada en la condena debe mantenerse para no vulnerar la prohibición de reforma peyorativa.

3. La Delegada propone, por último, la casación oficiosa de la sentencia, porque el tribunal invocó circunstancias genéricas de mayor punibilidad que no fueron imputadas en la acusación, como la de tener la calidad de gerente de COOCELANDER y aprovecharse de la misma para cometer el delito, la que hizo concurrir con la carencia de antecedentes penales, motivo por el cual tasó la pena dentro de los límites del cuarto medio.

De otra parte, de llegarse a admitir la concurrencia de la causal de mayor punibilidad, el régimen de tasación más favorable sería el del Código Penal de 1980, pues en el señalado en la Ley 599, al concurrir circunstancias de mayor y menor punibilidad, la pena no puede ser menor al límite inferior del primer cuarto medio, mientras que en ese supuesto con arreglo al primer método, el juzgador puede partir del mínimo legal y fijar la pena por debajo de lo que sería en la segunda legislación los cuartos medios.

4. Con base en los anteriores fundamentos, la Procuradora Delegada solicita a la Corte no casar la sentencia por el cargo contenido en la demanda, pero casarla de oficio y parcialmente en protección del principio de congruencia, para ajustar la pena impuesta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. El recurrente aduce la causal tercera de casación para denunciar la sentencia de segunda instancia, pues a su juicio ella lesionó los derechos de defensa, contradicción y doble instancia, los cuales integran el debido proceso, porque no tuvo sustento, motivación, ni apoyo fáctico-jurídico.

Acertado estuvo el casacionista al aducir la citada causal, la de nulidad, porque, lo dijo la Delegada, a través de la misma es posible denunciar y poner de manifiesto los desaciertos que afectan el debido proceso o vulneran las garantías que asisten a los sujetos procesales.

A estas alturas del camino puede evocarse la múltiple doctrina de la Corte, elaborada a lo

largo de varios años, acerca de la necesidad de motivación de los fallos judiciales, en particular cuando de darse suficiente y cabal respuesta a los alegatos de los sujetos procesales se trata, con el fin de ampliar y refinar el ámbito de protección a las garantías, en especial las del justiciable

De ese modo, ha dicho la Corte que así como quien apela tiene la carga de sustentar el recurso, de manera correlativa al funcionario encargado de conocer la alzada le asiste la obligación de escucharlo, someter a riguroso análisis sus planteamientos y darles adecuada respuesta, toda vez que la sentencia es el sustrato de la síntesis que sobre los hechos y el derecho fija el juzgador, mediante la realización de juicios de valoración o apreciación jurídicos sobre los medios de prueba y de juicios de legalidad o validez. De esta forma, la sentencia ha de ser lo más asertiva y afirmativa posible, sin hipotetizar. En tal sentido, “cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del *thema probandi*, se constituye en acto procesal defectuoso”¹.

También ha sostenido esta Corporación que la motivación de las sentencias es base esencial del debido proceso que emana del artículo 29 de la Ley Fundamental, en cuanto constituye garantía de contención a la arbitrariedad y despotismo de los funcionarios judiciales, porque a la vez aporta elementos para ejercer el derecho de contradicción por parte de los sujetos procesales que intervienen en la actuación judicial. De allí que el deber de motivación se entiende satisfecho sólo en la medida que el juez sienta sus argumentos de manera clara, expresa e indudable, apoyado en las pruebas legalmente recaudadas y en el análisis de las normas que gobiernan el caso, modo en que se entiende que los jueces quedan sometidos al imperio de la ley²”.

En el mismo sentido, la Corte dejó sentado que en virtud del

“...carácter dialéctico y contradictorio que el proceso penal ostenta en un Estado social y democrático de derecho como el que en nuestro medio se encuentra en proceso de construcción, exige que su adelantamiento se sujete estrictamente a los principios y valores establecidos por la Carta Política, y a las reglas y ritualidades que para su trámite la ley prevé como presupuesto de validez de los actos que lo componen, entre los cuales se incluye el derecho de defensa en su doble dimensión, técnica y material, y como manifestaciones de éste el de aportar y controvertir pruebas, de impugnar las decisiones que se consideren lesivas de su interés jurídico, y de acudir a la segunda instancia, salvo las excepciones normativamente previstas.

En orden a facilitar el ejercicio de tales garantías, el artículo 180 del Decreto 2700 de 1991 (reproducido por el artículo 170 de la ley 600 de 2000), establece los requisitos que debe contener la sentencia, entre los que se incluye el deber para el juzgador de expresar las razones fácticas y jurídicas que sustentan su decisión, pues si ésta es inmotivada, incompleta, ambigua, equívoca, dilógica, o ambivalente, no sólo dificulta el conocimiento claro de la declaración del derecho sino a las partes comprender las razones en que se fundamenta, e imposibilitar su controversia mediante el ejercicio de los recursos pertinentes y, por dicha vía, transgredir el debido proceso, que como motivo de ineficacia de los actos procesales, en el código derogado aparecía establecido en el artículo 304-2 y hoy en día en el artículo 306-2 de la ley 600 de 2000, denunciable en sede extraordinaria a través de la causal tercera de casación.

Esto por cuanto si la sentencia carece absolutamente de motivación sobre un elemento del delito, la responsabilidad del acusado, o en relación con una específica circunstancia de agravación, o la individualización de la pena, o no empece tener motivación la misma es ambigua o contradictoria, o se fundamenta en supuestos fácticos o racionales inexistentes, y en tal medida las consideraciones del juzgador no podrían ser fundamento legal y razonable de la decisión contenida en la parte resolutive, la nulidad se erige como la única vía plausible de solución”³.

En reciente sentencia del 3 de agosto del año en curso, emitida dentro de la radicación 22.485, la Corte hizo una compilación de su doctrina sobre el punto, para concluir que

“...un elemento del principio-derecho a la presunción de inocencia, que también forma parte del debido proceso, es el de la motivación explícita de las decisiones judiciales. Basta recordar que tal presunción solo puede ser desvirtuada con la demostración gradual y, por último, total, del estado de no responsabilidad que acompaña al procesado. Y este tiene derecho, así mismo, a que se le diga sin ambages por qué sí es responsable.”

II. Frente al caso concreto, es preciso observar que DANIEL CAICEDO GUERRERO fue condenado en el fallo de primera instancia como responsable de la conducta punible de abuso de confianza calificado que consagra el artículo 250 del Código Penal de 2000, porque en su calidad de gerente de la cooperativa COOCELANDER realizó descuentos a los asociados a la misma, dineros que estaban destinados al Instituto de Seguros Sociales con el fin de cubrir la seguridad social de éstos, sin que los trasladara a tal entidad.

Para llegar a la mencionada conclusión, el a quo tuvo en cuenta la denuncia del Director Jurídico de la Seccional Santander del Instituto de Seguros Sociales, en la que refiere que COOCELANDER adeudaba a ese organismo la suma de \$196.558.349 por concepto de los aportes comprendidos a partir del ciclo causado en abril de 1996, conforme se estableció en una visita que se llevó a cabo en la cooperativa, en la cual se observaron las nóminas que reflejaban los descuentos que con destino a aportes a la seguridad social se le venía haciendo a los empleados, sin que fueran consignados al ISS.

También tuvo en cuenta el fallador de primera instancia la resolución n.º 1344 del 9 de agosto de 1984, por medio de la cual el otrora denominado Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas reconoció la personería jurídica a la Cooperativa de Celadores Independientes de Santander Ltda., lo mismo que el cuadro de la deuda

que COOCELANDER llegó a tener con el ISS por \$360.110.890.

De igual manera, tuvo en cuenta el acuerdo n.º 002, cuyo artículo 15 señala que los asociados de la cooperativa serán afiliados al ISS para que reciban todos los servicios correspondientes a los trabajadores dependientes y que los aportes serán cancelados en los porcentajes establecidos en la ley para los patronos y trabajadores.

Fue claro el sentenciador al precisar que “cualquiera sea la posición jurídica sobre la existencia de estas personas, lo cierto es que los descuentos para el seguro social se hacían a los empleados, o socios, o como se quieran llamar y si bien es cierto que no existía una relación de carácter laboral es cierto que se presenta un fenómeno de agrupación o de mera gestión por parte de la cooperativa o de quien hacía las veces de gerente, lo que se discute es la gestión; la de pagar las cuotas de salud al seguro social, pues las debía hacer la cabeza de la cooperativa se descontaron y no se pusieron a disposición del I.S.S...”

De la declaración de la señora Luz Karime Rangel González, jefe de la división contable de la cooperativa, el a quo destacó sus manifestaciones en el sentido que los trabajadores hacían los aportes con destino al ISS en su totalidad haciéndose el descuento en el momento en que la empresa paga el servicio de vigilancia, que el pago al seguro social no se hacía de manera oportuna sino hasta cuando el dinero llega a las arcas y cuando eso sucede ya existen otras prioridades o necesidades financieras o las generadas en la misma administración de la cooperativa, motivo por el cual los recursos se utilizan para cubrirlas.

Hizo referencia el a quo a la indagatoria rendida por el procesado CAICEDO GUERRERO, en particular a su aceptación acerca de que en los años 96, 97 y parte del 98 hubo algunos atrasos en el pago del seguro social; que COOCELANDER en varias

oportunidades le manifestó al ISS su intención de cumplir las cotizaciones adeudadas y que hubo un acuerdo de pago –que obra en el proceso- el cual no fue cumplido.

Cita del mismo modo las declaraciones de Miguel Vanegas, Fernando Jerez Rojas, Edgar Portilla y Pastor Celis Bohórquez, quienes dijeron que a ellos se les había efectuado el descuento en la nómina pero no se hizo al pago al seguro.

Con base en esos elementos el a quo concluyó así:

“De tal manera no hay la menor duda sobre el acontecer y la conducta desplegada por DANIEL quien hizo los descuentos a los trabajadores de Coocelander y dicho dinero no ingresó nunca al I.S.S., así se diga por parte de este que solamente fungió como entidad ‘agrupadora’ de gestión, lo cierto es que la prueba nos demuestra como, la gerencia, o la entidad Coocelander sí descontaba los aportes y estos no llegaron al I.S.S., de ellos están las planillas o las nóminas como se llamen (sic) por los diferentes personas (sic) sumas que han debido entregarse oportunamente al I.S.S. y era la entidad que figuraba en el seguro social vinculando a sus asociados vinculados que obviamente bajo la cuenta o el nombre social de Coocelander.

De tal manera que Daniel Caicedo guerrero (sic) figuraba como empleador ante el seguro social en relación con los asociados trabajadores de la cooperativa en mención y obviamente era a él a quien correspondía remitir periódicamente al ISS, las cotizaciones correspondientes, las cuales no se hicieron.

Y es que inclusive CAICEDO GUERRERO acepta y reconoce que Coocelander debe o adeuda a ISS aportes correspondientes a los ciclos 04-96 en adelante y explica que la mora en el pago tiene su origen entre otras razones en situaciones ajenas a nuestra voluntad y hace la propuesta al I.S.S. de cancelar lo adeudado mediante acuerdo de pago, pero ya realmente en este momento DANIEL CAICEDO GUERRERO, no había pagado los aportes que debía ir (sic) al I.S.S. que los había descontado, y no podemos hablar de una simple

mora en ello si observamos todo el tiempo, en el cual se desarrolló dicha conducta pero la señora LUZ KARIME, da alguna luz, cuando informe, que se empleaban en otras cuestiones, pero que sí se descontaban.”

III. El defensor de CAICEDO GUERRERO en la sustentación del recurso de apelación que interpuso contra la sentencia, expuso los siguientes puntos:

1. Sobre la naturaleza jurídica de COOCELANDER y la normatividad aplicable en materia de aportes al seguro social. Se trata de una cooperativa de trabajo asociado conformada según el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, que determina el régimen de trabajo de la cooperativa. Su objeto es la vigilancia privada y sus dueños son los vigilantes que tienen la calidad de asociados-trabajadores, quienes eligen el consejo de administración, el cual a su turno elige al gerente, encargado de cumplir las funciones de acuerdo a las directrices del consejo.

Transcribe el contenido del citado artículo 59, para asegurar que los aportes al régimen de seguridad social para el caso de las cooperativas de trabajo asociado no es el del Decreto 468 de 1990 como se dijo en el fallo recurrido, sino el señalado en la Ley 100 de 1993, normatividad que para esa clase de organismos estableció que por la naturaleza de trabajadores independientes asociados, la cooperativa actúa como entidad agrupadora de gestión y que, por tanto, es el asociado-trabajador quien responde por el pago de las cotizaciones.

En tal sentido, el juzgador se equivocó al aplicar de manera integral el Decreto 468 de 1990, cuando había sido modificado por la Ley 100 de 1993, desconociendo que a partir de ésta las cooperativas de trabajo asociado se consideran entidades agrupadoras de gestión, por lo que la responsabilidad para el pago de los aportes al seguro social está radicada en el asociado-trabajador y no en la entidad agrupadora.

1.1. Para dilucidar si el tema planteado en la sustentación del recurso de apelación tuvo respuesta, es decir, para constatar si hubo adecuada motivación, no es imperioso abordar el estudio de las sentencias de primera y segunda instancias bajo el concepto de unidad jurídica inescindible, como lo afirma la Delegada. Se trata de verificar si en la decisión del superior el tópico respectivo mereció atención y si allí se ofrecieron los razonamientos suficientes para acoger o rechazar los argumentos con los que se atacó el fallo de primer grado.

Como se vio, el a quo citó el Decreto 468 de 1990, artículo 16, porque a su vez estaba incorporado en el texto del artículo 15 del Acuerdo n.º 002 del 21 de agosto de 1992, por medio del cual COOCELANDER estableció el régimen de trabajo asociado, de previsión social y de compensación, disposición en la que se estableció que

“Los Asociados de la sección de Trabajo Asociado de puesto Fijo de la Cooperativa de Celadores Independientes de Santander Ltda., “COOCELANDER LTDA” serán afiliados al Instituto de Seguros sociales para que reciban todos los servicios establecidos para los trabajadores dependientes de conformidad con el artículo 16 del Decreto 468 de febrero 23 de 1990. Los aportes serán cancelados en los porcentajes que establece la ley para los patronos y trabajadores.” (Folio 160, cuaderno 1)

Sin embargo, también dejó explícito que resultaba indiferente la condición de los asociados, es decir, si eran empleados o socios, e incluso reconoció que no existía una relación de carácter laboral porque la cooperativa cumplía un papel de gestión o de agrupación, pues relevante y trascendente fue que los dineros fueron descontados a ellos y no se pusieron a disposición del ISS.

El tribunal, frente al comentado aspecto de la apelación, reconoció de modo expreso que los pagos al ISS estaban en cabeza de los asociados-trabajadores y no en la cooperativa –con lo que de modo implícito aludió al tema de la naturaleza jurídica de la

entidad y del régimen de aportes a la seguridad social-, pero subrayó que esa circunstancia no desvirtúa el delito sino que lo confirma, “pues el dinero retenido era de propiedad de los cooperados y no de Coocelander”.

Si bien debe admitirse que la fundamentación del tribunal es escueta, también habrá de reconocerse que en punto del motivo de inconformidad resulta contundente, en cuanto respalda la tesis del a quo respecto del tema trascendental, es decir, que está demostrado que a los cooperados se les hicieron los descuentos con destino al ISS para pagar la seguridad social, dineros que no llegaron a este organismo, pues así lo acreditan las nóminas y los testimonios de Karime Rangel, Edgar Portilla y Pastor Celis Bohórquez.

En otras palabras expresado, como así también lo detectó la agente del Ministerio Público, el tema de la mencionada naturaleza jurídica de la cooperativa y del régimen de seguridad social no mereció la trascendencia que pretendió el censor, como sí el hecho que halló demostrado la sentencia censurada: que los descuentos a los asociados de COOCELANDER con destino al pago de la seguridad social fue realizado por la cooperativa gerenciada por DANIEL CAICEDO GUERRERO y que los dineros correspondientes no llegaron al ISS.

Ahora, si la inconformidad del casacionista consiste en que el fallador corporativo erró en la aplicación de un precepto de derecho sustancial con incidencia en el caso sometido a juicio, como alguno de los contenidos en la Ley 100 de 1993, así ha debido proponerlo, como bien lo entendió la Procuradora, bajo la senda de la causal primera de casación, diseñada legislativamente para denunciar los yerros de subsunción de los hechos en el derecho que se puedan concretar en las sentencias de segunda instancia.

2. En la apelación el defensor sostiene que fue desconocido el convenio de pago suscrito entre el Presidente del ISS y el Gerente de COOCELANDER -CAICEDO GUERRERO- el 3 de marzo de 1999, a través de la cual se normalizó ante la primera entidad la situación

de la segunda por el no pago de los aportes para la salud.

Ese acuerdo fue autorizado por el consejo de administración de la entidad para poder restaurar los servicios médico asistenciales a los trabajadores asociados, sin que con eso se estuviera aceptando que se habían realizado los descuentos a éstos y que CAICEDO GUERRERO no los trasladara al ISS. Lo que significa es que el pago de los aportes no se había podido hacer por la situación de iliquidez de la empresa, de la que son dueños sus trabajadores, que también integran el consejo de administración.

El incumplimiento del convenio no implica que el gerente se hubiera apropiado de los dineros; lo que demuestra esta circunstancia es que por ser la empresa de sus propios asociados-trabajadores, el flujo de caja no alcanzaba a cubrir las obligaciones mencionadas, por la iliquidez de la misma. Por eso, el incumplimiento es de todos los asociados trabajadores por la condición de entidad agrupadora de COOCELANDER, motivo por el cual tal incumplimiento no traspasó los linderos de la apropiación delictiva por parte del gerente y se puede enfrentar con otros mecanismos como la jurisdicción coactiva o la civil. Se desconoció, culmina, el principio de intervención mínimo del derecho penal, así como su carácter fragmentario y de subsidiariedad.

2.1. Si bien sobre el punto el tribunal no abundó en razones, en términos breves pero categóricos despachó los planteamientos de la defensa.

Así, para el ad quem el argumento de haberse firmado un convenio de pago con el ISS, “demuestra la existencia de la mora en el pago de los aportes, usándose el dinero para otros fines”.

A ese argumento agrega que la crisis económica de COOCELANDER no es excusa, “pues los dineros fueron descontados a sus asociados, debiéndose pagar al ISS y no darle utilización diferente, como hizo el gerente”, aserto que apoya en las pruebas que adujo al principio de sus consideraciones, en particular la declaración de la señora Luz Karime

Rangel.

Como se puede observar, para el tribunal ad quem no fueron necesarias profundas disquisiciones para plasmar en su sentencia lo que a su juicio reflejó el proceso con claridad y absoluta certeza, esto es, que la cooperativa por conducto de su gerente hizo los descuentos para el pago de seguridad social a sus asociados trabajadores mas no trasladó los dineros recaudados al ISS.

Ahora, el casacionista sostiene que el fallo de segunda instancia tiene una motivación incompleta sobre el planteamiento que en su momento hizo respecto de la atipicidad de la conducta, porque a su juicio el tribunal fue superficial sobre el punto, no hizo un ponderado juicio sobre los elementos de prueba, ni sobre las razones jurídicas que ampararon su decisión.

Sin embargo, del texto de la sentencia atacada puede observarse, pese a su parquedad, que el ad quem estimó que la conducta objeto de cuestionamiento, como se lo señalaban las pruebas a que hizo mención, correspondía a la hipótesis comportamental contenida en el artículo 250 del Código Penal, porque, se repite, fueron efectuados los descuentos a los trabajadores asociados de la cooperativa sin que los dineros llegaran al ISS, lo que configura abuso de confianza calificado y no peculado por extensión “que era realizado por los particulares que desarrollaron las conductas descritas en el peculado sobre bienes que admitiera (sic) o tuvieran bajo custodia y pertenecientes a instituciones de propiedad del Estado o en la que tuviere la mayor parte, desapareció, y las conductas allí tipificadas fueron consagradas como los actuales numerales 3 y 4 del abuso de confianza calificado”, cambio que se hizo “por no tener los particulares la condición esencial del peculado respecto del sujeto activo: Servidor Público.”

De tal manera que, ahí sí estimándose como unidad inescindible los fallos de primer y segundo grados en cuanto éste confirma en lo esencial lo decidido en aquél, el

casacionista ha debido encauzar el debate proponiendo errores de apreciación en los elementos probatorios como motivo de reparo en esta sede extraordinaria, pues lo que deja evidente el contexto de la apelación y de la demanda de casación, es que el censor le da un alcance diverso a los medios persuasivos de los que se sirvieron los juzgadores. De tal manera, era de su cargo demostrar que las premisas sentadas en las decisiones fueron producto de yerros en la valoración de las pruebas debido a errores de hecho o de derecho. Este criterio lo comparte la señora Delegada.

3. Otro motivo de apelación consiste en que el a quo ignoró que CAICEDO GUERRERO fue reelegido como gerente de la cooperativa, lo que demuestra el apoyo a su gestión que recibió por parte del consejo de administración, por lo que es insólito que por un lado aquél sea estimulado con tal reelección y que por otro la justicia lo condene por la inexistente apropiación de los dineros, o que los asociados trabajadores continúen reeligiéndolo a sabiendas de que esquilmó su patrimonio.

Tal reparo al fallo de primera instancia, con un argumento que de por sí tampoco aparece como extremadamente elaborado, el tribunal respondió. “La reelección del procesado en la gerencia de la cooperativa, no cambia las cosas, pues es al ISS y no a los asociados a quienes no llegó el dinero de los aportes, hecho que tipifica el delito.”

Como bien lo dijo la Procuradora, al juzgador corporativo no le mereció mayor trascendencia la circunstancia referida por la defensa, en cuanto lo verdaderamente relevante para su modo de ver fue que se hubiera probado que los descuentos se llevara a cabo y que el dinero no se trasladara al ISS, como lo reiteró en varios apartes del fallo.

Entonces, si tal irrelevancia fue sentada por el tribunal debido a un error de apreciación del hecho o de la prueba que lo contiene, no es la falta de motivación de la sentencia el motivo casacional que debió aducirse, sino, se repite, el consagrado en la causal primera, cuerpo segundo.

4. El defensor apelante postuló el argumento de la atipicidad de la conducta, pues exigiendo el abuso de confianza que haya apropiación en provecho del agente o de un tercero de cosa mueble ajena, bienes del estado, que se le hayan entregado por título no traslativo de dominio, se debe observar que frente a las pérdidas de COOCELANDER las cuales asumió ésta y sus asociados-trabajadores, una y otros no pudieron capitalizarse para hacer los aportes al régimen de seguridad social en salud, lo que implica que no hubo apropiación de dineros, de modo que no hubo ilícito.

La respuesta a ese planteamiento se puede encontrar a lo largo de los argumentos del fallo, en cuanto en éste se dejó en claro que la crisis económica de la cooperativa no era excusa, pues los dineros se descontaron y no se trasladaron al ISS y porque los mismos se utilizaron en otros fines, como lo enseñan las pruebas que adujo el tribunal, en respaldo a la posición del a quo.

Entonces, en las condiciones señaladas, es evidente que el yerro in procedendo denunciado en el cargo que postula la demanda, no tuvo concreción, motivo por el cual será desestimado.

IV. Aunque interesante el planteamiento de la señora agente del Ministerio Público, según el cual los juzgadores erraron al mutar la calificación jurídica dada a la conducta de peculado por apropiación del artículo 133 del Código Penal de 1980 a la de abuso de confianza calificado del artículo 250 de la Ley 599 de 2000, como ella bien lo advierte en sus disquisiciones, se trata de un hecho superado, pues aunque el representante de la parte civil apeló en tal sentido el fallo de primera instancia, el punto fue confirmado por el ad quem, en decisión que ningún otro sujeto procesal con interés y legitimado para el efecto -fiscalía, ministerio público o parte civil-, impugnó de manera extraordinaria en procura de corrección del supuesto desatino.

Como se recurrió en casación en nombre del procesado, éste tiene la calidad de

impugnante único, de modo que su situación no puede ser desmejorada en virtud de la prohibición de reforma peyorativa que consagra el artículo 31 de la Constitución y porque en torno a ese aspecto no hay involucrado estrictamente un problema de legalidad sino de interpretación de las normas aplicables.

V. Casación oficiosa.

La Delegada propone a la Corte que entre a casar de oficio la sentencia de segunda instancia, pues a DANIEL CAICEDO GUERRERO se le impuso la pena privativa de la libertad considerando unas circunstancias de mayor punibilidad que no fueron imputadas con claridad en la acusación.

En efecto, si se observa la resolución de acusación fechada el 2 de julio de 2001, se podrá advertir que CAICEDO GUERRERO fue acusado por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, sin que allí se haya hecho mención a alguna circunstancia genérica agravante o de mayor punibilidad.

Que en ese acto el órgano investigador haya hecho referencia a la calidad del procesado como representante legal de la cooperativa, no significó que se estuviera haciendo referencia a la posición distinguida de éste en la sociedad, derivada de su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio (artículo 58.9 de la Ley 599, 66.11 del Decreto 100 de 1980), sino que tal condición del acusado se utilizó por la fiscalía para especificar que aquél cumplía una función pública en forma transitoria.

Tampoco estructura la imputación de agravante genérica o de causal de mayor punibilidad, el razonamiento consignado en el pliego de cargos acerca del carácter parafiscal de los dineros que fueron descontados a los asociados a la cooperativa, como para pensarse que se le enrostró a CAICEDO GUERRERO la ejecución de la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad -la seguridad social- (artículo

58.1 Ley 599), pues, de un lado, esa tesis se ensayó en el proceso de subsunción de la conducta en el tipo penal y, de otra parte, tal circunstancia no estaba consagrada legislativamente con ese carácter agravatorio y genérico en la legislación vigente para cuando ocurrieron los hechos.

Sin embargo, el a quo, después de determinar los cuartos de dosificación que surgen del ámbito punitivo entre los límites mínimos y máximos de la pena señalados en el artículo 250 del Código Penal, determinó que en los cuartos medios, esto es, de 45 a 63 meses, iría a dosificar la pena, porque además concurría la de atenuación o menor punibilidad por la ausencia de antecedentes penales (artículos 55.1 Ley 599, 64.1 Decreto 100 de 1980).

Así, considerando las mencionadas circunstancias de agravación o mayor punibilidad, o sea el aprovechamiento por parte del inculcado de su cargo de gerente de la cooperativa para realizar la conducta punible, sobre recursos destinados a la satisfacción de necesidades básicas de los asociados a la misma, señaló el juzgador de primera instancia que tal es “la pauta justa para no partir del mínimo y en consecuencia la pena a imponer será de 50 meses de prisión”. Siguiendo los mismos criterios, fijó la pena de multa en 176 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta situación no fue remediada por el ad quem.

El principio de congruencia impone que los jueces sólo pueden dictar sentencia por los cargos que aparezcan formulados en sus vertientes fácticas y jurídicas en la resolución de acusación, conforme lo ha reiterado la Corte en los últimos tiempos⁴.

En tales condiciones, resulta lesivo de ese principio y, por ende, del derecho a la defensa, que en las sentencias se haya dosificado la pena con base en circunstancias de agravación o de mayor punibilidad que no se imputaron en la acusación.

Por esa razón, ante lo evidente del desaguizado, la Corte, compartiendo el criterio de

la señora Procuradora Delegada, casará de oficio y parcialmente la sentencia en ese sentido.

Pues bien, en este punto no puede desconocerse que el a quo en su labor dosificadora empleó las mentadas circunstancias agravantes o de mayor punibilidad en dos sentidos: para ubicarse en los cuartos medios y para mensurar la pena, es decir, para adicionar al hito mínimo del primer cuarto medio -45 meses- 5 meses más. Es decir, valoró las circunstancias doble vez, en desconocimiento del principio de non bis in ídem.

Lo que ha debido hacer, después de decidir que se iba a mover en los cuartos medios, era acudir a los criterios de dosificación señalados en el artículo 61 de la Ley 599 o del Decreto 100 de 1980, dependiendo de cuál le resultaba más favorable (mayor o menor gravedad de la conducta, daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ésta ha de cumplir).

Como así no lo hizo, la Corte no puede ahora al dictar sentencia de reemplazo, esto es, obrando en ese aspecto como tribunal de instancia, llenar el vacío para imponer una pena diferente al mínimo previsto en el citado tipo penal, porque de lo contrario pasaría por alto la garantía de la prohibición de reforma peyorativa.

Así las cosas, sin más remedio, modificará el numeral primero de la sentencia de primera instancia para declarar que a DANIEL CAICEDO GUERRERO se le impondrán las penas de 36 meses de prisión y multa por 30 salarios mínimos legales mensuales, como autor responsable del delito de abuso de confianza calificado.

La concesión que hizo el tribunal de la prisión domiciliaria se mantendrá.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º NO CASAR por el cargo formulado en la demanda de casación presentada en nombre del procesado DANIEL CAICEDO GUERRERO la sentencia acusada.

2º CASAR de oficio y parcialmente la sentencia del 15 de febrero de 2006 dictada por el Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el sentido de modificar el numeral 1º del fallo de primera instancia y FIJAR en 36 meses de prisión y multa por 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, las penas que a DANIEL CAICEDO GUERRERO corresponden como autor del delito de abuso de confianza calificado, según lo discurrido en las anteriores consideraciones.

3º La prisión domiciliaria sustitutiva que concedió el tribunal, pervive en los términos señalados por esa corporación.

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

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Excusa justificada

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación del 25 de marzo de 1999, radicación 11.279.

2 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación del 22 de mayo de 2003, radicación 20.756.

3 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación del 11 de julio de 2002, radicación 11.862.

4 Casación 21900 del 20 de abril de 2004. Ver también casaciones 18457 del 14 de febrero de 2002, 15787 del 21 de enero de 2004 y 21287 del 4 de agosto de 2004, entre otras.