

Proceso No 27848

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado acta N° 136

Bogotá, D. C., agosto primero (1º) de dos mil siete (2007).

VISTOS

Procede la Sala a examinar los presupuestos de lógica y suficiente fundamentación del contenido de la demanda de casación presentada por el defensor de DAVID TOLEDO ESQUENAZI, contra la sentencia del 8 de marzo de la anualidad en curso, a través de la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó el fallo proferido el 17 de julio de 2006 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, cuyo titular condenó al procesado a la pena de 10 meses de prisión, así como a multa en cuantía de 16 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 meses, como autor responsable del delito de peculado culposo. En la misma decisión declaró inaplicable la pena privativa de la libertad impuesta.

HECHOS

Se relacionan con el acuerdo de pago celebrado entre la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Propal “COOPROPAL” y el Fondo Financiero Especializado del municipio de Cali, BANCALI, conforme al cual la segunda de esas entidades, gerenciada por

DAVID TOLEDO ESQUENAZI, en su condición de acreedora, recibió de la primera, en dación de pago, mediante escritura No. 221 del 2 de febrero de 1999, un lote de terreno situado en el corregimiento “Golondrinas”, zona suburbana de Cali, para cubrir las obligaciones de plazo vencido que ascendían a \$4.332.616.121, cuando el valor del predio, según la División de Formación de Avalúos de Catastro Municipal de Cali, era de \$49.731.590.

ACTUACION PROCESAL

1.- La Fiscalía Seccional de Cali inició la investigación el 10 de marzo de 2000 y, en el curso de la misma, escuchó en indagatoria a DAVID TOLEDO ESQUENAZI, a quien le resolvió situación jurídica mediante providencia del 1º de septiembre del citado año, optando por abstenerse de afectarlo con medida de aseguramiento.

2.- El 8 de octubre de 2001 el fiscal instructor clausuró la investigación y el 14 de marzo del año siguiente calificó el mérito probatorio, profiriendo resolución de acusación contra DAVID TOLEDO ESQUENAZI, por el delito de peculado por apropiación.

3.- La providencia calificatoria fue confirmada, sin modificación, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, al desatar la apelación interpuesta por la defensa.

4.- Correspondió adelantar la fase del juicio al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la precitada ciudad, despacho judicial que llevó a cabo las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, tras lo cual profirió el fallo condenatorio de primera instancia, que luego obtuvo confirmación del ad quem, y fue objeto del recurso extraordinario de casación, que ocupa la atención de la Sala.

LA DEMANDA

La defensa formula tres cargos contra la sentencia de segundo grado, el primero con apoyo en la causal tercera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000 y los dos restantes bajo la égida de la causal primera ibídem.

En el primer cargo aduce que el fallo de segunda instancia es ilegal, por cuanto el Tribunal no ofreció respuesta a cada una de las argumentaciones expuestas en el recurso de apelación, omitiendo todo análisis acerca de las pruebas obrantes en el expediente. Se limitó, dijo, a afirmar “que existe una norma (el decreto 1420 de 1998) y recordar que la negociación recriminada al sentenciado tenía un precedente que debió consultar para no incurrir en la conducta culposa”.

Según el censor, en la impugnación ordinaria propuso que se debatiera el concepto de peculado culposo; ocupó un capítulo para sostener que no podía imputarse a TOLEDO ESQUENAZI un hecho que solamente nació al mundo de los fenómenos con posterioridad al agotamiento de la conducta reprochada; argumentó que los avalúos de las lonjas de propiedad obligan a los funcionarios públicos y tienen una vigencia inescrutable en el tiempo y, finalmente, precisó “las razones del procesado, que riñan (sic) con la omisión del cuidado debido, que se le enrostró al imputado (sic)”.

Sobre ninguno de esos planteamientos, añadió el demandante, se pronunció el ad quem, desconociendo de esa manera el derecho de contradicción.

En el segundo cargo denuncia violación directa de la ley por indebida aplicación del artículo 6º de las Leyes 599 y 600 de 2000, así como de los artículos 6º, 26, 28, 29 y 34 de la [Constitución Política](#) y por inaplicar el principio de favorabilidad.

Para sustentar el reproche sostiene que el Tribunal, en virtud de los principios de legalidad y favorabilidad, debió abstenerse de imponer sanción alguna al procesado, en razón a que los hechos ocurrieron cuando el peculado culposo estaba reprimido con

arresto, pena que ya no existe, lo cual hace improcedente su imposición, sin que tampoco resulte viable, por ser más gravosa, mutarla por prisión, sanción actualmente aplicable para dicha conducta punible.

En el tercer cargo atribuye al sentenciador aplicar indebidamente la ley, como consecuencia de incurrir en falso juicio de convicción, al asignar a las pruebas un valor que no les corresponde.

Al desarrollar la censura, señaló que el Tribunal erró cuando concluyó que DAVID TOLEDO ESQUENAZI violó el deber objetivo de cuidado, pese a no existir en la foliatura prueba demostrativa, en grado de certeza, de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

Para el demandante, el fallador debió aplicar el principio in dubio pro reo y dictar absolución, pues la finalidad perseguida por el gerente de BANCALI, cuando efectuó el acuerdo de pago, fue impedir que la obligación quedara insoluta ante la inminente intervención de la cooperativa deudora, sin que conociera en ese momento que el valor del inmueble disminuiría al cabo de un año en un 700% por una circunstancia que no estaba a su alcance prever, como lo fue la expedición de un nuevo Plan de Ordenamiento Territorial, el cual varió la calificación del bien al pasarlo de predio urbano a fundo rural.

Consideró que condenar al acusado por no estudiar algunos documentos y por no objetar el peritaje de la lonja de Cali, que avaluó el inmueble en \$5.967.710.000, sin existir razón para sospechar de dicho justiprecio, “es hilar demasiado delgado y transitar por el fangoso terreno de las incertidumbres y las dudas”, por cuyo motivo pidió casar la sentencia para dictar sentencia absolutoria a favor del acusado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

De acuerdo con lo previsto el inciso 1º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por el Tribunal Superior Militar, cuando se proceda por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

Según el inciso tercero de la misma disposición, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, excepcionalmente, puede admitir discrecionalmente la demanda de casación dirigida contra sentencias de segunda instancia proferidas por autoridades judiciales diferentes a las ya mencionadas o relativas a delitos que tengan señalada pena de prisión inferior a la prevista por el legislador para acceder a esta vía de impugnación extraordinaria o para los sancionados con pena no privativa de la libertad, cuando quiera que ello sea necesario para el desarrollo de la jurisprudencia nacional, o para garantizar derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, aunque la resolución de acusación se formuló por el delito de peculado por apropiación, en el fallo de primera instancia, decisión confirmada por el ad quem, el juzgador varió esa calificación jurídica para proferir la condena por el punible de peculado culposo.

El actor instaura la demanda por la vía común u ordinaria al considerar que el delito a tener en cuenta para efectos de determinar la procedencia de la casación es el imputado por la Fiscalía General de la Nación, conducta prevista en el artículo 133 del estatuto punitivo de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, cuya sanción va de 6 a 15 años de prisión.

Disiente la Corte del criterio del demandante, pues cuando en el curso de la etapa

del juicio se varía la adecuación típica de la conducta imputada, el delito a considerar para efectos de determinar la procedencia del recurso de casación es el concretado en las sentencias de instancia, dado que antes de ello la calificación jurídica tiene carácter meramente provisional, adquiriendo naturaleza definitiva únicamente cuando se pronuncian los fallos de instancia, que por ostentar la doble presunción de legalidad y acierto pasan en adelante a regir la actuación, salvo que la Corte, en sede de casación, disponga otra cosa.

La anterior postura, es de precisar, guarda coherencia con lo expuesto por la Sala acerca de la prescripción de la acción penal cuando se varía la adecuación típica en el juicio, tema de connotación jurídica similar al que es objeto de examen. En efecto, en providencia del 14 de febrero de 2002 expresó la Corte:

“Tampoco cambia el término de prescripción de la acción, el cual sigue fijado por el delito por el cual se profirió la resolución de acusación, ya que la variación efectuada por el fiscal o la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por aquél, no son, como se dijo, sino posiciones jurídicas que, en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal y de la estructura lógica del proceso, se les ponen oportunamente de presente a los sujetos procesales, para que las debatan y así poder fijar un nuevo marco de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo.

“Sólo si se condena, el lapso de prescripción de la acción penal se alterará, pues pasará a ser el del delito por el cual se condenó”¹ (Subraya en este momento la Sala).

En tal virtud, resulta claro que en el caso en estudio el censor debió interponer el recurso por la vía excepcional, pues ni para la época en que ocurrieron los hechos ni para este momento, el ilícito de peculado culposo tenía o tiene prevista la pena privativa de la libertad que permite acceder a la casación ordinaria o común.

En efecto, la sanción establecida para dicha ilicitud en el artículo 137 del estatuto punitivo de 1980, modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1996, correspondía a arresto de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derecho y funciones públicas de 6 meses a 2 años. A su turno, el artículo 400 del Código Penal de 2000 prevé para el peculado culposo prisión de 1 a 3 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Siendo así la situación, era deber del actor, como lo tiene expresado la Sala, persuadir a la Corte acerca de la necesidad de admitir la demanda, en el contexto de los dos motivos que justifican la casación discrecional, esto es, desarrollar la jurisprudencia o garantizar los derechos fundamentales².

Como el censor entendió equivocadamente que la procedencia del recurso se rige por el delito inicialmente imputado, consecuentemente omitió fundamentar de manera expresa el propósito que perseguía con la impugnación. Aunque ello de suyo no conduce a la inadmisión del libelo, pues la Sala ha sostenido que si del contenido del mismo surge diamantina la intención del actor, será necesaria su admisión, siempre y cuando satisfaga los demás requisitos de procedibilidad³.

En el caso examinado, se aprecia que en los dos primeros cargos el impugnante pretende obtener la preservación de garantías fundamentales. En la primera censura, exactamente el derecho de defensa, en su vertiente de derecho de contradicción, porque el fallador de segundo grado omitió responder los reparos que fundaron el recurso de apelación; y, en el segundo, los principios de legalidad y favorabilidad, por cuanto el Tribunal debió abstenerse de imponer al procesado sanción alguna, si se tiene en cuenta que la pena de arresto con la cual se sancionaba el delito ya no existe, en tanto la de prisión actualmente vigente le resulta más gravosa.

De esa manera, los comentados cargos, en principio, estarían llamados a ser admitidos. No obstante, como está dicho, para ese propósito es necesario que las censuras reúnan los demás requisitos de procedencia establecidos en la ley. Entre esos presupuestos se encuentran los previstos en el numeral 3º del artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000, conforme a los cuales es deber del actor enunciar la causal y formular el cargo, con indicación clara y precisa de sus fundamentos y de las normas que estima infringidas.

Dichas exigencias, que dicen relación con la necesidad de formular el reproche en forma lógica y coherente, y cuyo fin es evitar que el recurso extraordinario de casación se convierta en una tercera instancia, no se cumplen en este caso, por las siguientes razones:

El demandante, al desarrollar el primer cargo, se limita a sostener que el ad quem no respondió los motivos de la apelación. Sin embargo, omitió toda referencia a los fenómenos de la respuesta implícita y de la unidad jurídica inescindible entre los fallos de primera y segunda instancia, para demostrarle a la Corte que el ad quem vulneró el derecho de contradicción, a tal punto que ni siquiera por vía de los fenómenos en alusión aparecen contestados los fundamentos expresados en la alzada.

Sobre la respuesta implícita, la Sala ha expresado lo siguiente:

“... no obstante la falta de referencia expresa al otro sujeto procesal impugnante, el fallo contiene la requerida justificación para facilitar su control por medio de las impugnaciones posteriores, hasta el punto de que el defensor en hipótesis pudo haber atacado en casación los razonamientos probatorios del juzgador...”

“... la motivación de las decisiones, como elemento definitorio de la función judicial, no es un mero acto de cortesía con las partes sino la sustancial, objetiva y explícita confrontación y respuesta a sus inquietudes, con el fin de propiciar el control posterior de

las mismas”4.

Por su parte, en torno a la unidad jurídica inescindible, ha dicho la Corte:

“Cuando las sentencias de primera y segunda instancia integran una unidad jurídica inescindible por los aspectos en que ambas coinciden de manera explícita o tácita no solo en lo que a la parte motiva concierne sino también a la parte resolutive, las consideraciones y examen de la realidad probatoria agotados por el Juez de primer grado se entienden incorporados a la sentencia de segunda instancia en todo aquello en que no se desvirtúe o modifique, así tales análisis o argumentaciones no se hayan reproducido en el fallo acusado”5.

De hecho, la lectura de las sentencias de primera y segunda instancia, permite concluir que la afirmada ausencia de respuesta es infundada. Lo realmente acontecido fue que el ad quem, o bien no hizo expresa referencia al argumento defensivo que rebatía, ora remitió tácitamente a las razones ofrecidas por el a quo, bastante profusas y explicativas, por cierto, como lo reconoció el propio representante judicial del procesado en el recurso de apelación.

Así, se tiene que la alzada se fundó en los siguientes tres pilares:

a) El acusado actuó de conformidad con los avalúos catastrales, cuyos montos sólo vinieron a variarse un año después de realizarse la dación en pago, modificación que no estaba a su alcance prever.

b) El avalúo con sustento en el cual se constituyó la “hipoteca” lo realizó una firma especializada, adscrita a la Lonja de propiedad raíz de Cali y, como tal, obligatorio para los funcionarios públicos, máxime cuando la garantía estuvo precedida

de un contrato de fiducia, celebrado con la firma Fiduciaria Alianza, entidad comercial regulada también por el Estado. En esas circunstancias, no había motivos para “recelar” del peritazgo, aun cuando de haberse ordenado en ese momento uno nuevo, el resultado muy seguramente hubiera sido el mismo.

c) La motivación del procesado con la celebración de la dación en pago fue evitar que se perdiera todo el crédito, dada la nefasta situación financiera de la cooperativa.

Frente a esos argumentos, las respuestas de los falladores surgieron en los siguientes sentidos:

1) Para el Tribunal, el bien fue avaluado en 1995 sin que se desenglobara (fl. 1721). Este planteamiento se corresponde con el expresado por el a quo cuando, igualmente, señaló que:

“... y un avalúo catastral tomado a partir del terreno inicial, es decir, sin desenglobar y por lo tanto tenía que aparecer con un mayor valor” (destaca la Sala).

“ ...

“Con relación al valor que aparecía en Catastro Municipal –para efectos de impuestos –es claro que el sindicato mencionó el de la totalidad del lote –sin desenglobar (subraya la Sala)- y por lo mismo el valor debía ser mayor, amen (sic) de que tampoco estaba actualizado de acuerdo con la misma época de recesión por la cual transitaba el país (fl. 1617).

2) Según el ad quem, sí existían motivos para pensar que el avalúo, determinado en suma cercana a los \$6.000.000.000 y con fundamento en el cual se celebró el contrato de fiducia, no correspondía a la realidad, pues apenas 4 meses antes

COOPROPAL había recibido el inmueble, también a título de dación en pago, por apenas \$2.946.601.741.

Y sobre el tema referente a la obligatoriedad de los avalúos de las Lonjas, tácitamente le respondió el Tribunal al apelante lo siguiente:

“... para abonar y adeudar, recuérdese que el decreto 1420 de julio 24 de 1998, en su artículo 15 se (sic) faculta a la entidad solicitante para que pida la revisión y realice la impugnación al avalúo, norma que permite inferir que un avalúo puede ser tachado, ya sea por no ceñirse a la realidad y de contera solicitar su revisión o, impugnarlo, previamente a la negociación tantas veces mencionada” (fl. 1.727).

3) Finalmente, en relación con la razón que animó al procesado para celebrar la dación en pago, esto señaló el sentenciador de segunda instancia:

“Es claro para la Sala que para la recuperación de la cartera, no podía procederse de forma ligera, al establecerse que para cubrir el monto de la deuda monetaria, se procedería a recibir un bien inmueble, esto en razón a la falta de liquidez del deudor. Debíó el señor DAVID TOLEDO ESQUENAZI contestar que dicho bien recibido como dación en pago, evidentemente, correspondía a un determinado valor pero no al total del pago, y buscar por estos medios idóneos le fuera entregado el valor restante, sin compromiso del patrimonio del fondo, que a la vez afectaba al Municipio de Cali...”.

Respecto a este tópico, vale destacar cómo el a quo, en perfecta armonía con el criterio plasmado por el Tribunal, atribuyó al procesado infracción al deber de cuidado cuando se apresuró a celebrar la dación en pago, sin seguir el procedimiento establecido en la fiducia suscrita entre COOPROPAL y Alianza Fiduciaria, que le hubiera permitido avaluar el bien en su justo precio y perseguir luego el pago del crédito insoluto a través de las vías legales respectivas (fs. 1621 y ss.).

En consecuencia, por no reunir los presupuestos de lógica y adecuada sustentación, la Sala inadmitirá el primer reproche.

En el segundo cargo el demandante incurre en la impropiedad de reprochar al sentenciador genéricamente no abstenerse de imponer sanción alguna al procesado, cuando es evidente que esa petición resulta totalmente infundada frente a las penas no privativas de la libertad, pues la norma que regía al momento de los hechos y la actualmente vigente consagran para el peculado culposo tanto multa como interdicción (o inhabilitación como se denomina ahora) de derechos y funciones públicas.

Aun cuando si se entendiera, como surge de la demanda, que la pretensión es procurar impunidad únicamente en relación con la sanción privativa de la libertad (llámese arresto o prisión), es evidente que el actor carece de interés jurídico para impugnar ese aspecto del fallo, pues el a quo, en decisión que no sufrió modificación en segunda instancia, inaplicó la pena privativa de la libertad impuesta, con lo cual satisfizo la pretensión del sujeto pasivo de la acción, cual fue relevarse de cumplir sanción de esa naturaleza por razón del punible cometido.

Al respecto, ningún perjuicio para el procesado acreditó el actor con la determinación de los sentenciadores consistente en imponerle pena privativa de la libertad, cuando, de todas maneras, los juzgadores la declararon inaplicable.

Por lo demás, debe acotarse que los falladores, para inaplicar la sanción privativa de la libertad impuesta, se sujetaron al criterio que en torno al tránsito de legislación entre el Código Penal de 1980 y el estatuto punitivo de 2000 prohijó la Corte inicialmente frente a la pena de arresto, pero esa postura fue recientemente modificada por la jurisprudencia de la Sala. En efecto:

“Sobre el tema, dijo la Corte en sentencia del 1º de junio del 2005, radicado 23.132:

‘Resulta necesario precisar que ante la eliminación de la pena de arresto para los delitos contenidos en la parte especial del actual estatuto punitivo, no hay lugar a imponer pena privativa de la libertad porque, en virtud del principio de favorabilidad, no es posible aplicar una pena que no está contenida en la norma que describe y sanciona la conducta respectiva, ni tampoco la contenida en el actual Código Penal no sólo porque resultaría evidentemente más gravosa que la dispuesta en la legislación derogada, sino porque sólo puede ser aplicada a delitos cometidos dentro de su vigencia’.

Un nuevo examen del punto, sin embargo, lleva a la Sala a reconsiderar esa tesis, para sostener ahora que como en todo caso, tanto en el anterior Código Penal como en el actual, la ley previó pena privativa de libertad para el peculado culposo, debe mantenerse la de arresto aunque disminuida su cantidad, como se detallará adelante.

En efecto, si en aquella legislación el hecho estaba sancionado con arresto y en la de hoy con prisión, se debe partir de que el legislador quiso hacer más severas las consecuencias punitivas incrementando cualitativamente la medida corporal.

En este evento, sin embargo, entran en pugna la normatividad pretérita y la actual, conflicto de leyes que impulsa hacia la pasada para utilizarla ultractivamente pues es más benéfica que aquella que ahora rige el tema.

Como es claro, en los dos articulados se ha previsto pena privativa de la libertad, que, por tanto, se debe sostener pues en estricto sentido no hubo despenalización radical. Y como la anterior es menos gravosa que la vigente, a ella se debe acudir”6.

De tal forma que si se admitiera la demanda, por razón del comentado cargo, la consecuencia sería distinta a la procurada por el casacionista, en cuanto habría lugar a revocarse la decisión que inaplicó la pena privativa de la libertad impuesta. Desde luego, al final, tal reforma al fallo no podría hacerse, pues ello supondría vulnerar la prohibición a la reformatio in pejus, en cuanto el procesado se erige como único

impugnante.

En consecuencia, también la segunda censura se inadmitirá.

En relación con el tercer cargo, observa la Sala que ese reproche, así se persiga allí la aplicación del principio in dubio pro reo, no involucra la vulneración de garantía fundamental alguna, pues el actor se dedicó a exponer su particular visión acerca del poder persuasivo de las pruebas recaudadas, pretendiendo que la Corte lo acoja, en detrimento de la apreciación probatoria realizada por los sentenciadores, sin advertir que ese tipo de planteamientos no son admisibles en sede de casación, menos cuando se pretende que la Sala revise la postura valorativa de los juzgadores por vía discrecional.

Lo anterior, tanto más cuando el censor no expone ni mucho menos acredita errores trascendentes en la apreciación de la prueba que pudieran configurar violación indirecta de la ley.

En consecuencia, la demanda objeto de examen, en cuanto ninguno de los reproches formulados fue adecuadamente sustentado en el marco de la casación discrecional que procedía en este caso, se inadmitirá.

Es de precisar que la Sala no advierte en el curso de la actuación vulneración de garantías fundamentales, cuyo restablecimiento deba corregir de oficio.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre de DAVID

TOLEDO ESQUENAZI, por las razones expuestas en la parte motiva.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del estatuto procesal penal, contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JORGE LUIS QUINTERO MILANES
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Rad. 18457.

2 En ese sentido, auto del 4 de mayo de 2005. Rad. 22304.

3 Cfr. Auto del 18 de abril de 2007. Rad. 26916.

4 Sentencia del 28 de septiembre de 2001. Rad. 15997.

5 Sentencia del 22 de septiembre de 1993. Rad. 8003. En el mismo sentencia del 15 de mayo de 2003. Rad. 17081.

6 Sentencia del 19 de julio de 2006. Rad. 22263.