

Proceso No 25552

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 333.

Quibdó, dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2008).

VISTOS

La Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de casación instaurada por el defensor de LILIANA MARÍA GARCÍA PALACIO en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 29 de noviembre de 2005 mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia (Risaralda) el 21 de septiembre del mismo año, que condenó a la mencionada procesada a las penas principales de cinco (5) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, por el delito de peculado por apropiación, en concurso con el de falsedad ideológica en documento público.

HECHOS

Quedaron resumidos en el concepto rendido por el Ministerio Público¹ de la

siguiente forma:

“A mediados del año 2002 y durante el mes de marzo del año 2004, en el municipio de La Virginia, al interior del Centro Zonal del Instituto de Bienestar Familiar de esa localidad, se presentaron en forma sucesiva una serie de irregularidades consistentes en la desviación de los recursos del Estado destinados al programa de hogares sustitutos, mediante la adulteración de las planillas de pago y el registro en esos documentos de varias personas como madres comunitarias que no ostentaban esa condición, así como el reporte de menores que supuestamente se encontraban asignados para su cuidado sin estarlo.

Por esos hechos la Defensora de Familia del Instituto de Bienestar Familiar, Dora Sulay Agudelo Castaño, solicitó sentencia anticipada al momento de rendir su última ampliación de indagatoria, en esa diligencia aceptó su responsabilidad y manifestó que se valió de la secretaria Liliana María García Palacio para realizar las conductas punibles”.

ANTECEDENTES

1. Tras adelantar algunas diligencias judiciales en el marco de la investigación previa que ordenó para el efecto, el 26 de mayo de 2004 la Fiscalía 27 Seccional de La Virginia dispuso la iniciación de instrucción penal, en cuyo desarrollo escuchó en indagatoria, entre otros, a LILIANA MARÍA GARCÍA PALACIO, a quien le resolvió la situación jurídica el 28 de junio siguiente, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de concusión y falsedad en documentos públicos.

2. El 15 de diciembre del citado año el fiscal clausuró la investigación, procediendo el 27 de enero de 2005 a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de LILIANA MARÍA GARCÍA PALACIO, por los delitos de peculado por

apropiación y falsedad ideológica en documento público.

3. Ejecutoriada el pliego acusatorio, el proceso pasó a conocimiento del Juez Promiscuo del Circuito de La Virginia, quien una vez surtió el trámite respectivo del juicio puso fin a la instancia con la sentencia del 21 de septiembre de 2005, confirmada luego por el Tribunal Superior de Pereira en virtud de la apelación interpuesta por la defensa.

LA DEMANDA

El actor formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, el primero al amparo de la causal tercera de casación prevista en la Ley 600 de 2000 y el segundo con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo de la misma disposición legal.

Primer cargo:

Sostiene que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad como consecuencia de haberse vulnerado el debido proceso. Para tal efecto aduce la presencia de tres irregularidades.

La primera la hace consistir en la falta de demostración plena de la materialidad de la infracción, dada la no acreditación del monto de la apropiación, omisión que llevó al fallador de primera instancia a emitir, de manera absurda, una condena en abstracto al imponer como pena principal multa equivalente al valor de lo apropiado.

Señala que aunque en la parte motiva del fallo se alude al dictamen contable realizado por un perito oficial para referir a la cifra de \$8.1553.108 como valor consignado a la cuenta de la señora Rosalba Hernández, considera equivocado afirmar que se trata ese del monto de lo apropiado, porque el perito no arribó a conclusiones irrefutables sobre el particular, sino sugirió “investigar la procedencia de esos dineros los

que, al parecer, son de envíos del exterior, al decir de la titular de la cuenta bancaria”.

Insiste así en la falta de demostración de si la mencionada suma de dinero fue consignada por el ICBF o desde el extranjero. Es más, en su criterio, del dictamen se puede deducir con facilidad que ese valor corresponde a recursos propios de la titular de la cuenta, recibido por concepto de “remesas que le envían familiares del extranjero”.

En ese sentido, afirma que a ninguna madre sustituta se le “consignó nunca una suma superior al costo mensual del sostenimiento de tres menores, lo que a razón de \$240.000 por cada uno arroja un valor máximo de \$720.000 más lo consignado de más, que nunca era más del valor de un menor adicional, es decir, \$240.00, ascendiendo en total a \$960.000...”. En su concepto, el ICBF no podía jamás consignar una suma tan significativa como la referida en el fallo, pues ella equivale al sostenimiento mensual de 33 menores, es decir superior al costo de todos los menores que se hallaban en hogares sustitutos en la regional de Risaralda.

El segundo vicio lo sustenta en la variación que experimentó en el curso del juicio la imputación originalmente atribuida, pues mientras en la resolución de acusación se reprochó a la procesada el delito de peculado a título de interviniente por no tener las calidades especiales exigidas por el tipo penal, en la audiencia pública la fiscalía solicitó condenarla en calidad de cómplice, petición acogida por el juez a quo. En su sentir, esa variación de la calificación jurídica “exigía otros condicionamientos procesales distintos al mero fallo de instancia”.

Finalmente, la tercera anomalía procesal la deriva del hecho de proferir el fallador de primera instancia decisiones contrapuestas, no obstante tratarse del mismo proceso y de las mismas circunstancias probatorias.

Sobre el particular, tras transcribir en extenso los fundamentos de la sentencia condenatoria proferida en contra de Dora Sulay Agudelo Castaño, destacó cómo en esa determinación se formuló a ésta juicio de reproche a título de “autora material e intelectual única y directa del latrocinio investigado”, excluyendo así cualquier participación de LILIANA MARÍA GARCÍA PALACIO, quien solamente sirvió de ingenuo instrumento de aquélla para cumplir sus protervos propósitos.

De esa manera, le parece inexplicable que se condene a la procesada por el aludido delito, pese a encontrarse demostrado en la actuación que ninguna relación tuvo con dicho desfalco y, más aún, cuando ni siquiera tuvo manejo directo de los dineros públicos extraviados.

A modo de colofón frente a este primer reproche, el libelista afirma que si el Tribunal hubiese reconocido la ausencia de prueba sobre el valor de lo apropiado, si además no hubiera pasado por alto la irregular variación de la calificación jurídica y si, finalmente, hubiese advertido la contraposición existente en las decisiones emitidas en este proceso, la sentencia habría sido de carácter absolutorio, cuyo proferimiento, por tanto, solicita a la Corte en reemplazo de la dictada por el ad quem.

Segundo cargo:

Denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho derivados de la falsa apreciación de la prueba, constitutivos de falso juicio de identidad y falso juicio de existencia. Al efecto considera que el juzgador no analizó de manera seria los testimonios aportados al plenario, los cuales desvirtuaron los cargos atribuidos a la procesada. Así, señala que tanto la versión ofrecida por Dora Sulay Agudelo Castaño como la declaración rendida por la señora Rosalba Hernández demuestran que la única autora material e intelectual de la ilicitud es la propia Agudelo Castaño, quien por esa razón se acogió a sentencia anticipada.

Por lo anterior y visto además que la testigo Lina María Duque Ramírez, nutricionista del ICBF, manifestó que el grupo de protección, al cual no pertenecía la aquí procesada, era el único responsable del manejo del programa de madres sustitutas, no se explica por qué se profirió condena en contra de GARCÍA PALACIO, quien fue solamente “un ingenuo instrumento utilizado por la autora material del hecho”, sin que hubiese tenido el manejo directo de los dineros públicos extraviados.

Según sostuvo, el hecho de afirmarse por parte de algunas madres sustitutas haber entregado a la acusada algunos dineros no significa que ésta se hubiera apropiado de los mismos, pues Dora Sulay la enviaba como subalterna suya para ese efecto, debiendo luego entregárselos.

En su criterio, de otra parte, dentro de las funciones asignadas a GARCÍA PALACIO no estaba comprendido el manejo de dineros o de programas y tampoco la elaboración de planillas. Por eso, se pregunta de dónde el fallador concluyó lo contrario. Esa labor, añadió, correspondía exclusivamente a los defensores de familia, de manera que en el caso particular la procesada no hizo sino “vaciar” en la planilla la información suministrada por Dora Sulay Agudelo, lo cual hacía de buena fe. No se explica, por tanto, por qué se le responsabiliza del delito de falsedad ideológica en documento público cuando, además, tampoco aparece prueba alguna demostrativa de que haya suplantado la firma de las madres sustitutas.

En suma, estima que si la procesada GARCÍA PALACIO no tenía la calidad requerida para ser sujeto activo del delito de peculado, por cuya razón actuó como simple ciudadana particular a quien se utilizó como instrumento ingenuo por la única autora del delito y si, además, a su cargo no estaba la función de elaborar las planillas de pago a las madres sustitutas, no había motivo para condenársele por los ilícitos de peculado y falsedad ideológica en documento público.

En tal virtud, solicitó casar la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo en sentido absolutorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Primer cargo:

Se refirió primero a la nulidad sustentada en la indeterminación de la cuantía, cuestionamiento que le pareció infundado en cuanto durante la instrucción el perito contable estableció una consignación hecha por la suma de \$8.153.018 a la cuenta bancaria de la señora Rosalba Hernández, amén de haberse acreditado que otras madres comunitarias recibieron sumas de dinero como contraprestación por el cuidado de niños que en realidad no tenía a su cargo, dineros que devolvieron a la implicada GARCÍA PALACIO o a su jefe Dora Sulay Agudelo.

Reconoció que si bien el dictamen pericial refirió las dificultades presentadas para establecer la liquidación de pagos hechos a las otras madres comunitarias, tal situación, en su criterio, no tiene la entidad de desvirtuar los elementos del hecho punible de peculado y menos aun de invalidar la actuación, esto último tanto más cuando el censor estructura el reproche sin allanarse a cumplir las exigencias de fundamentación propias del recurso de casación.

Pasó luego a conceptuar en torno a la nulidad cimentada en la “ambigüedad” existente en la imputación jurídica de la conducta y al efecto encontró fundada la propuesta del casacionista, dada la imprecisión en que se incurrió frente a la forma y calidad de la intervención de la procesada en la ejecución del hecho punible, al no lograrse especificar si debía responder en calidad de interviniente cómplice, interviniente coautora, servidora pública cómplice o servidora pública coautora.

Puso así de presente cómo mientras en la resolución de acusación se atribuyó

a la procesada, según se infiere del hecho de mencionar los incisos segundo y tercero del artículo 30 del Código Penal, la calidad de interviniente cómplice por considerarse que no teniendo las calidades especiales exigidas por el tipo penal contribuyó en la realización de la conducta antijurídica ejecutada por su jefe, durante la exposición oral realizada en la audiencia pública, en cambio, la fiscalía señaló a GARCÍA PALACIO de ser coautora de las conductas imputadas en la resolución de acusación, con lo cual “aparentemente varió” la forma de participación de la procesada sin ceñirse al trámite previsto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Para el Procurador Delegado, el ente acusador ahondó el desconcierto cuando al final de su intervención pidió la condena por el delito de peculado por apropiación a título de cómplice, sin especificar si actuó en calidad de servidora pública o de interviniente.

La situación, en su criterio, se torna aún más confusa si se observa la sentencia de primera instancia, pues al dosificar la pena el juez tuvo en cuenta sólo la calidad de interviniente de la procesada, excluyendo la condición de servidora pública, aun cuando sin hacer claridad sobre si se trataba de un interviniente coautor o un interviniente cómplice, limitándose a reducirle una cuarta parte de acuerdo con el inciso tercero del artículo 30 precitado.

Tras reseñar cómo el Tribunal precisó que la condena procedía a título de interviniente coautora, el representante de la sociedad consideró que ese señalamiento dista de la realidad material, por cuanto la imputación efectuada en la resolución de acusación lo fue en calidad de interviniente cómplice.

En este punto, recordó la jurisprudencia actualmente vigente en torno al término interviniente previsto en el artículo 30 del Código Penal, postura frente a la cual, en cuanto se encamina a restringir tal condición únicamente al concepto de coautor del delito

especial sin calificación, dijo no estar de acuerdo, pues quien sin poder ser autor, por no tener las calidades exigidas en el tipo penal especial, “participa” en la realización del delito, lo hace única y exclusivamente a título de determinador o cómplice, teniendo derecho en ambos casos a la rebaja de una cuarta parte contemplada en la precitada disposición penal.

En esas condiciones, reiteró la existencia de falta de claridad en torno a la imputación jurídica, situación que sumada a la dificultad presentada por las diferencias jurisprudenciales y doctrinales obrantes sobre el particular, condujo a la abierta vulneración del derecho de defensa y del debido proceso, por cuya razón pide casar la sentencia para decretar la nulidad a partir de la resolución de acusación.

Segundo cargo:

Consideró que la censura desde su enunciación “adolece de imprecisiones” sobre el error planteado, pues de manera conjunta y sin ninguna diferenciación refiere la comisión de errores de hecho por falso juicio de identidad y falso juicio de existencia por omisión, así como errores de juicio que el demandante no logra especificar.

De todas maneras, es del criterio que el casacionista se limita a presentar inconformidad frente a la valoración de los diferentes medios probatorios, sin demostrar la comisión de algún error de hecho.

En ese sentido, puso de presente cómo mientras el libelista estima que la procesada fue utilizada como un simple instrumento, el ad quem respondió a ese planteamiento señalando, sin deformar el contenido material de la prueba, que GARCÍA PALACIO actuó con conocimiento y conciencia sobre el hecho punible si se tiene en cuenta “sus condiciones personales fundadas en su capacidad intelectual obtenida a través de la academia, así como la experiencia en esa concreta labor, que le permitía sin lugar a duda, percatarse del comportamiento antijurídico que realizaba en

compañía de su jefe inmediata...”.

Infundada también le pareció la afirmación del censor según la cual el Tribunal atribuyó a la procesada, sin prueba que lo respaldara, la labor de elaboración de las planillas. Al respecto, destacó cómo fue la propia acusada quien en su indagatoria admitió tener esa función por delegación de su jefe inmediato.

Estimando, finalmente, que las demás críticas formuladas por el impugnante en torno a las funciones a cargo de la procesada, consignadas en la resolución de acusación, se quedan en el plano de las afirmaciones genéricas carentes de demostración, solicitó desestimar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Aclaración previa:

Por respetar el principio de prioridad, la Sala abordará el examen de los cargos formulados por el actor en el orden contenido en la demanda, aun cuando por razones de economía lo relativo a la tercera irregularidad planteada en el primer reproche se analizará de manera conjunta cuando se aborde el examen de la segunda censura, dado que dichos ataques coinciden sustancialmente en su aspecto conceptual.

Primer cargo. Nulidad:

a) Atipicidad de la conducta por indeterminación de la cuantía en el delito de peculado por apropiación:

Según el impugnante, en el presente caso no se demostró la materialidad del peculado por apropiación, dada la no acreditación del monto de la apropiación. Precisa que si bien ese tópico se pretendió probar, de alguna forma, con el dictamen contable

realizado por un perito oficial donde se alude a la cifra de \$8.1553.108, lo cierto es que ese peritazgo no arriba a conclusiones irrefutables sobre el particular, pues el experto sugirió “investigar la procedencia de esos dineros los que, al parecer, son de envíos del exterior, al decir de la titular de la cuenta bancaria”.

El cargo carece por completo de fundamento. Es verdad que, como lo refiere el Procurador Delegado, el dictamen reseñó la dificultad de establecer la cantidad dineraria recibida indebidamente por la generalidad de las madres sustitutas. Sin embargo, el perito fue expreso en excepcionar el caso de la señora Rosalba Hernández Cano, frente a quien sin dubitación alguna concluyó:

“En la cuenta personal de la señora ROSALBA HERNÁNDEZ, le fue abonada la suma de \$8.153.018, recursos provenientes del ICBF y sin haber prestado el servicio de Hogar Sustituto dentro del programa de protección a menores entre el mes de septiembre del año 2002 a febrero de 2004” (Subraya la Sala)².

Tal parece que el censor, para efectuar la afirmación según la cual el dictamen no es fehaciente frente al dinero que ingresó indebidamente a la cuenta de la señora Rosalba Hernández, se vale de la siguiente afirmación del experto:

“Le sugiero muy respetuosamente al señor fiscal solicitar al Banco las copias de estas consignaciones a fin de determinar la procedencia de dichos recursos”³

.

Empero, es claro que el casacionista toma aisladamente dicha frase descontextualizando el dictamen, porque si se lee detenidamente su contenido integral, con facilidad se arriba a la conclusión de que lo sugerido por el perito fue investigar la

procedencia de tres consignaciones efectuadas los días 14 de febrero de 2003, 14 de abril de 2003 y 13 de febrero de 2004 por valor de \$6.031.700, \$6.704.800 y \$4.997.600, respectivamente, frente a las cuales no encontró demostrado su origen, distinto a lo acontecido con los demás dineros ingresados a la cuenta de la mencionada dama, cuyo monto ascendió a la suma de \$8.153.018 correspondientes, de acuerdo con el peritazgo, a “recursos provenientes del ICBF y sin haber prestado el servicio de Hogar Sustituto...”.

De ahí entonces que ningún reparo pueda merecer, contrario a lo considerado por el impugnante, el hecho de expresarse en la sentencia de primera instancia que la multa se imponía por “el monto de lo apropiado”. De esa pieza procesal y del fallo de segundo grado surge sin dubitación que la condena por ese concepto asciende, precisamente, al valor dictaminado en el peritazgo, a cuya apropiación, por tanto, se redujo el juicio de reproche formulado por los juzgadores por razón de atentado contra la administración pública, pues no fue posible establecer una defraudación mayor, según se extrae, en concreto, del siguiente aparte de la sentencia del ad quem.

“... hay que decir, que existió en verdad una falencia en la investigación y el juzgamiento por no haberse establecido el monto total de la defraudación al Estado, pero ello no quiere decir que haya carencia absoluta del monto, porque como el mismo defensor lo anotó, existe un experticio contable que habla de \$8.153.108 consignados a ROSALBA HERNÁNDEZ, que entrega un monto parcial de la defraudación, además que las declaraciones de las madres sustitutas y la propia confesión de la procesada, demuestran que sí se birlaron dineros que de alguna manera habían llegado a los caudales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así no se haya concretado el perjuicio total, lo cual no es óbice para declarar demostrada la materialidad del delito, al menos por el monto mencionado”4.

Siendo así la situación, resulta inacogible la argumentación del actor conforme a la

cual en el proceso aparece acreditado que los dineros ingresados a la cuenta de Rosalba Hernández correspondían a “remesas que le envían familiares del extranjero”. Con este planteamiento el censor pretende rebatir el mérito probatorio asignado por los falladores al dictamen pericial, pero sabido es que en sede de casación no basta con formular de manera genérica ese tipo de objeciones sino demostrar que los juzgadores incurrieron en un grave error de apreciación de la prueba, a través de un sendero casacional muy diverso al seleccionado por el demandante, esto es, por vía de la violación indirecta de la ley.

Este tópico del primer cargo, por tanto, no prospera.

b) Indebida variación de la calificación jurídica:

Para el libelista, la fiscalía cambió en el curso del juicio la imputación originalmente atribuida, pues mientras en la resolución de acusación se reprochó a la procesada el delito de peculado a título de interviniente por no tener las calidades especiales exigidas por el tipo penal, en la audiencia pública solicitó condenarla en calidad de cómplice, petición acogida por el juez a quo, variación para la cual se requerían “otros condicionamientos procesales distintos al mero fallo de instancia”.

Como se observa, el reproche no se funda, como equivocadamente lo entiende el Ministerio Público, en la “ambigüedad” de la imputación jurídica de la conducta sino en su variación por parte del ente acusador sin ceñirse, según se infiere de la argumentación ofrecida por el casacionista, al trámite legalmente previsto para el efecto, esto es, el establecido en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo, tal como lo plantea el actor, no está llamado a prosperar si se tiene en cuenta el criterio consolidado de la Sala, conforme al cual no se requiere acudir a dicho trámite para degradar la responsabilidad del procesado. En efecto:

“...la variación de la calificación jurídica sólo es procedente cuando se trata de hacer más gravosa la situación del procesado, no sólo en cuanto al género del delito sino en relación con la especie, forma de participación, imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o deducción de una de agravación que modifique los límites punitivos en su contra.

Empero, en tratándose de la degradación de la responsabilidad, como aquí ha acontecido en razón de prueba sobreviniente, no es necesario variar la calificación provisional. En un tal evento, le bastaba a la Fiscalía alegarlo así...”⁵.

Si, como surge de la argumentación del casacionista, la resolución de acusación se formuló a título de interviniente coautor, mientras en la audiencia pública la condena se pidió por complicidad, es indiscutible que la variación así materializada en la forma de participación implicó una degradación de su responsabilidad que, por consiguiente, no hacía necesario tramitar previamente el procedimiento previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

En relación con lo anterior, conviene señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Código Penal, en la comisión de delitos con sujeto activo cualificado pueden concurrir personas sin esa condición, pero cuya intervención se presenta a título de coautoría, o bien participar en calidad de determinadores o cómplices, teniendo o no la cualificación exigida por el respectivo tipo penal.

Según la jurisprudencia vigente de la Sala, el interviniente coautor se hace acreedor a la pena prevista en el respectivo tipo penal disminuida en una cuarta parte, acorde con lo establecido en el inciso final del precitado artículo 30; al determinador, a su turno, con o sin la referida condición, se le aplica la sanción contenida en la norma infringida sin ningún tipo de disminución; mientras al cómplice, careciendo o no de la condición exigida, se le reconoce rebaja de pena de una sexta parte a la mitad.

Dicha postura jurisprudencial fue establecida en la sentencia del 8 de julio de 2003 proferida dentro de la radicación 20704 y ha sido ratificada en numerosos pronunciamientos⁶. En aquel fallo se expresó lo siguiente:

“Es que, siendo absolutamente claro el artículo 307 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

“Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

...

“Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

“Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuenta sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr.gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo”.

En esas condiciones, se reitera, la variación en este caso implicó una degradación de la responsabilidad, pues la procesada pasó de interviniente coautora a considerársele cómplice, tratamiento más benigno que en términos concretos comporta la obtención de una sanción menor, porque al primero, por su calidad de interviniente sin la condición exigida por el tipo penal, le corresponde rebaja apenas de una cuarta parte, mientras al segundo se le reconoce disminución de una sexta parte a la mitad, proporción esta última que, conforme al parámetro 5º del artículo 60 del Código Penal, se aplica al mínimo legal.

El Procurador Delegado dice no estar de acuerdo con el criterio jurisprudencial antes remembrado porque, en su concepto, quien interviene en un delito especial sin tener las calidades exigidas por la ley no puede ser nunca autor ni coautor sino solamente partícipe. El representante del Ministerio Público olvida, empero, que en plano óptico del comportamiento humano el sujeto activo cualificado puede concertarse con otras personas

que no ostentan esa condición para realizarlo mediante división de trabajo, asumiendo todos como suya la conducta punible. En ese caso, sin duda, desde el punto de vista naturalístico se configura una coautoría, aun cuando quien no reúne la condición requerida por el tipo penal adquiere por mandato legal la calidad de interviniente, figura a la cual se refiere el inciso final del artículo 30 del estatuto punitivo.

La anterior problemática la explicó la Sala ampliamente en reciente sentencia, proferida el 17 de septiembre de 2008 dentro de la radicación 26410, en los siguientes términos:

“... Si el servidor público y el particular se ponen de acuerdo para delinquir, de modo que aportan de manera principal (no accesoria) a su propio delito, mediando la división del trabajo necesaria para alcanzar los objetivos comunes, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores. En el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores. El servidor público es autor y el particular interviniente.

“La sanción penal para ellos no es ni puede ser la misma, toda vez que el contenido de injusto (desvalor de acción más desvalor de resultado) y culpabilidad (juicio de reproche), son disímiles porque dimanar de diversos factores.

“En atención a ello, el último inciso del artículo 30 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece:

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

“El servidor público tiene especiales deberes de sujeción, impuestos por la [Constitución Política](#) y la ley, que permiten exigirle un comportamiento más arraigado a derecho.

“En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 6° de la Carta, los particulares son

responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos están llamados a responder por infringir la Constitución, las leyes y, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

“Es corolario de lo anterior, con relación a un delito especial, que el ciudadano particular nunca puede ser autor (en la concepción jurídica de la autoría); sólo podría ser determinador, cómplice o interviniente, según lo que indique el recaudo probatorio.

“Y, correlativamente, la autoría en los delitos especiales se reserva exclusivamente al servidor público, cuando actúa dolosamente apartándose también de los deberes especiales de sujeción.

“En términos de ROXIN, ‘podemos considerar cierto que sólo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios....Examinado más de cerca el punto de vista determinante para la autoría...se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta...lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría’”⁸

No obstante lo dicho, así fuese cierto que en este caso era obligatorio acudir al trámite previsto en el artículo 404 en cita para mudar la forma de participación, observa la Sala que la inobservancia de ese trámite surgiría intrascendente, por cuanto, al final, los falladores condenaron a la acusada en consonancia con el pliego de cargos, sin que entonces se presente incongruencia alguna entre esa pieza procesal y la sentencia.

En efecto, debe la Sala empezar por señalar su desacuerdo con el Ministerio Público cuando, de una parte, señala que la resolución de acusación, en punto al delito de peculado por apropiación, se formuló a título de complicidad y, de la otra, cuando sostiene que en este caso se incurrió en nulidad por ambigüedad en la imputación jurídica de la conducta, en cuanto no se determinó con claridad la forma y calidad en que concurrió la procesada en la ejecución del hecho punible.

Es cierto que en la pieza calificatoria se incurrió en algunas imprecisiones en cuanto a la mención de la norma comprensiva de la intervención de la procesada, pues en el capítulo destinado para la calificación jurídica provisional se aludió a los incisos segundo y tercero del artículo 30 del Código Penal y, luego, cuando el fiscal sentó su conclusión frente a la conducta de la aludida solamente hizo referencia al inciso tercero de dicha disposición penal. Es más, el funcionario acusador en varias ocasiones utilizó el término partícipe.

Sin embargo, tales imprecisiones no tienen la entidad para afectar la adecuada comprensión y entendimiento de la providencia calificatoria, pues su contenido integral no deja duda en el sentido de que la decisión del fiscal fue acusar a LILIANA MARÍA GARCÍA PALACIO en calidad de coautora del delito contra la administración pública en mención, aunque a título de interviniente por no reunir las condiciones exigidas por el respectivo tipo penal.

No otra cosa se desprende del papel protagónico, esencial y trascendente que le atribuyó el fiscal al sustentar la imputación, en cuanto consideró que fue quien, de común acuerdo con Dora Sulay Agudelo, elaboró las planillas en las cuales se consignó la información falsa, llamó vía telefónica a las madres sustitutas para reclamarles la devolución del dinero pagado de manera irregular y, finalmente, demandó de una de ellas la entrega de la tarjeta débito con el fin de retirar directamente de su cuenta el valor consignado indebidamente.

Más aún, obsérvese la siguiente afirmación del acusador en la cual resumió el fundamento de su decisión:

“...como con su conducta se obtenía un provecho económico en desmedro de la administración pública, a pesar de no tener la calidad requerida para ser sujeto activo del peculado, sí tiene la calidad de partícipe conforme al artículo 30 del C. Penal, inciso tercero que hace que la pena por ese aspecto se rebaje en una cuarta parte”.

Si bien, como se dijo arriba, el funcionario menciona en dicho párrafo el inciso tercero, tal imprecisión se explica por su errada apreciación consistente en que el artículo 30 del estatuto punitivo solamente contiene tres incisos, pero el equívoco cometido queda superado cuando señala que esa norma (el inciso tercero) le da derecho a obtener rebaja de pena en una cuarta parte, descuento este que en realidad está previsto en el inciso cuarto (o final) de la aludida disposición.

Que se trató simplemente de una equivocada cita normativa lo corrobora el hecho de mencionarse en el acápite de la calificación jurídica provisional -también de manera errónea- el inciso segundo del referido artículo 30 del Código Penal. Un entendimiento distinto al proijado por la Sala podría, incluso, conducir a sostener que la imputación formulada lo fue en calidad de determinación, pues el texto legal del indicado inciso (el segundo) es del siguiente tenor:

“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

Pero lo cierto es que, al margen de esa insular y equivocada cita, la resolución de acusación en modo alguno presenta a la procesada como determinadora del delito de peculado sino, conforme quedó visto atrás, a título de ejecutora material del mismo,

desprovista sí de la condición exigida por el tipo penal para su realización.

Ahora bien, la utilización del término partícipe tampoco da lugar a confusión, pues claramente surge que el fiscal acudió a la denominación genérica que el legislador le asignó a las distintas formas de concurrencia en el delito reguladas en el artículo 30 del Código Penal. Obsérvese cómo, insistiendo en atribuirle la realización personal de actividades protagónicas tales como la elaboración de las planillas falsas y el recaudo del dinero pagado indebidamente, el funcionario instructor expresó lo siguiente:

“Es claro deducir que había connivencia dolosa entre Liliana María y la doctora Dora Sulay, pues de lo contrario le hubiese resultado imposible a esta última ejecutar sus planes. Ahora se presenta Liliana María como una víctima, pero nótese que nunca, mientras el desarrollo y ejecución del punible, se pronunció contra ese actuar que tenía que conocer, pues era partícipe en la elaboración de las planillas y en el recaudo del dinero pagado de más”⁹ (subraya la Sala).

De tal modo que no existe duda acerca de que el ente acusador imputó a la procesada la calidad de interviniente, en cuanto a pesar de no reunir la condición de servidora pública por no ser quien tenía la administración del dinero objeto de apropiación, concurrió en el punible a modo de coautora.

Así lo confirma, por lo demás, la postura asumida por la defensa en el curso del juicio, por cuanto su estrategia la edificó sobre la base, precisamente, de entender que la imputación se formuló a título de coautoría. Obsérvese los siguientes apartes de su exposición oral realizada en la audiencia pública:

“Entonces, si solamente pudo deducirse como ilícito los dineros consignados a la cuenta de Rosalba Hernández, y la doctora Dora Sulay Agudelo fue condenada por aceptar expresamente esos cargos, además de los ya enunciados, deberá concluirse entonces que no hay razón jurídica para que a Liliana María García Palacio se le condene

como coautora de esos hechos...".

"...

"... quiere ello decir que la doctora Dora Sulay fue la única autora material e intelectual directa del latrocinio investigado. Y es que cuando la respetada señora juez falladora analice los testimonios recogidos llegará a la conclusión de que fue Dora Sulay Agudelo y nadie más la autora material directa..."¹⁰ (las subrayas son de la Sala)

En relación con lo anterior, se tiene que si la motivación ambigua o anfibológica acarrea el surgimiento de obstáculos para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, por la dificultad o imposibilidad que el sujeto pasivo de la acción penal encuentra frente a la comprensión de la acusación, la demostración de una irregularidad de esa naturaleza requiere, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala¹¹, analizar la concreta actividad con la cual la defensa se opone en el desarrollo del juicio a la imputación, pues sólo de esa manera podrá evaluarse si realmente el pliego de cargos adolece de claridad.

Pero está visto que, en el presente evento, el defensor de la procesada demostró en la intervención presentada en la audiencia pública no haber tenido dificultad alguna para entender a cabalidad el alcance de la imputación atribuida en el pliego de cargos.

En consecuencia, en ninguna ambigüedad con capacidad para afectar su adecuada comprensión se incurrió en la resolución de acusación.

Debe sí reconocer la Sala que al efectuar su exposición oral en la vista pública la fiscalía primero señaló a la procesada de haber obrado como coautora de las "conductas endilgadas en la resolución de acusación", pero posteriormente, al concretar su petición, refirió que la prenombrada debía ser condenada a título de cómplice por el

delito de peculado por apropiación. Sin embargo, como ya se dijo y como se recalcará en seguida, tal ambigüedad resulta inane porque, al final, los sentenciadores acogieron la calificación jurídica contemplada en la resolución de acusación.

En efecto, en el fallo de primer grado si bien el juez anunció primero que la condena por el delito de peculado por apropiación procedía a título de complicidad, al dosificar la pena aplicó el inciso final del artículo 30 del Código Penal (aun cuando incurrió también en el equívoco de aludir al inciso tercero), de modo que disminuyó la pena en una cuarta parte.

El Tribunal advirtió la inconsistencia del a quo, pero al encontrar que la condena se fundamentó en los presupuestos fácticos al amparo de los cuales se formuló la acusación, esto es, atribuyendo a la procesada un papel protagónico, trascendente e importante en la realización de los punibles, desestimatorio de una participación de mera coadyuvancia, decidió confirmar el fallo de instancia, pero con la aclaración consistente en que se trató de una interviniente a título de coautoría. Así, en concreto, discurrió el ad quem:

“Debe hacer claridad la Sala que la calidad de interviniente de la encartada en el reato investigado, es como coautora de las ilicitudes perpetradas, en lo que si bien no fue claro el fallo que se revisa, sí se trasluce de la fundamentación de la sentencia, donde se consideró que LINA MARIA (sic) ‘se asoció con la Defensora de Familia –ya condenada-’ (fl. 587) y se describe su actuación trascendente, importante, protagónica, no como de quien presta una ayuda, sino como quien coactúa...”¹².

Por consiguiente, ni el segundo aspecto postulado en el primer cargo de la demanda ni el planteamiento del Ministerio Público, que va más allá de la propuesta del casacionista, pero cuyo examen se abordó bajo el entendido de sugerir una nulidad oficiosa, están llamados a prosperar.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley:

Como se precisó ab initio, este cargo coincide conceptualmente con el fundamento expuesto por el actor para sustentar la tercera anomalía procesal que plantea en el primer reproche, pues en ambos pretende demostrar que el sentenciador erró en la apreciación probatoria al condenar a LILIANA MARÍA GARCÍA PALACIO a título de coautora interviniente, no obstante aparecer demostrado que la única autora de los punibles lo fue Dora Sulay Agudelo Castaño, tal como lo consideró el propio Juez Promiscuo del Circuito de La Virginia en la sentencia condenatoria que por vía de la terminación anticipada del proceso profirió en su contra, surgiendo así acreditado que la aquí procesada solamente sirvió de ingenuo instrumento de aquélla para cumplir sus protervos propósitos.

Ciertamente, como lo pone de presente el Procurador Delegado, el actor no logra precisar error alguno en la apreciación probatoria efectuada por el ad quem, pues habla de la incursión en falso juicio de identidad y falso juicio de existencia que indistintamente cataloga como errores de hecho y de derecho, pero que, en todo caso, ni desarrolla ni demuestra a lo largo de la censura.

En realidad, el libelista no hace sino cuestionar el mérito suasorio asignado por el fallador a las pruebas, a partir de postular su propia visión sobre la persuasión arrojada por éstas, en donde, incluso, acude a planteamientos que contrarían la realidad procesal, como predicar la ausencia de prueba demostrativa de que la procesada tuviese a cargo la elaboración de las planillas sobre las cuales recayó la falsedad, cuando fue la propia inculpada quien en su injurada, como lo resaltó el Tribunal¹³, admitió la realización de esa labor por delegación de su jefe inmediato.

O como cuando, igualmente, afirma que la sentencia proferida en contra de Dora Sulay Agudelo se edificó bajo la consideración de ser la única autora de los

punibles, pues, contrariamente, en dicha decisión se partió de la base de que en su realización concurrieron otras personas, como se observa en los siguientes apartes del fallo comentado, en los cuales se utilizan expresiones impersonales que, sin duda, tienen tal significación:

“Existe prueba testimonial y documental en cuanto a que Dora Sulay estando ejerciendo como servidor público, esto es, como Defensora de Familia en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zonal de La Virginia, se apropió de unos dineros que eran destinados al programa de madres sustitutas y para los menores que eran albergados al cuidado de dichas madres. También que una vez recibido el dinero por parte del Estado, elaboraban planillas...falsas...”.

“...

“En el caso sub - judice por parte de la inculpada hubo un evidente engaño para la Administración y la Fe Pública, valga decir, pues se giraban unos cheques por diferentes valores...”¹⁴.

Es claro que cuando en la remembrada sentencia el juez señala a Agudelo Castaño de ser autora de los ilícitos no lo hace con el fin de descartar la intervención de otra u otras personas en tales punibles, sino porque era necesario para edificar la responsabilidad de la aludida sobre la base de ser quien tenía la administración y manejo de los dineros objeto de apropiación. Así lo confirma el siguiente párrafo:

“Los documentos materia de este proceso son documentos públicos y de los cuales se estableció ser espúreos, es decir, ilegítimos, pues no contaban con el aval del titular de quien realmente aparecía en ellos, único que podía firmarlos, así se diga o persista que tal actividad la ejercía la secretaria, si ello ocurriese no puede

desconocerse que era con la autorización o aval de quien era la encargada de destinar esos dineros que no era otra que la implicada..."¹⁵

(subraya la Sala).

Por lo demás, debe decirse que la responsabilidad es individual y su demostración depende del acervo probatorio en su momento obrante en la actuación, razón por la cual bien hubiera podido ocurrir que al proferirse el fallo anticipado en mención Dora Sulay Agudelo Castaño apareciera como única autora de los punibles, pero tal situación procesal variare a partir de las probanzas recaudadas durante el curso posterior de la investigación.

En fin, la personal apreciación probatoria referida en precedencia la opone el actor a la realizada por los falladores, pretendiendo de la Corte prefiera la suya y descarte la postulada por la judicatura. Tal pretensión, como es sabido, no está llamada a prosperar en sede de casación, donde es necesario demostrar la existencia de graves yerros de valoración para derruir la sentencia, lo cual no hace el demandante, quien no sólo, como ya se vio, acude a planteamientos alejados de la realidad procesal, sino además efectúa un argumento adicional que carece por completo de fundamento jurídico.

En efecto, sostiene que la procesada GARCÍA PALACIO actuó como simple "instrumento ingenuo", pues al no tener el manejo de recursos públicos no podía cometer el delito de peculado. Pasa por alto el impugnante que la ausencia de la condición exigida por el tipo penal no torna a la prenombrada ajena al punible, sino que, como lo destacó la Sala al responder el cargo anterior, la sitúa como interviniente si concurre en su realización a modo de coautoría, conforme aconteció en el presente evento.

Como, en las condiciones analizadas, el segundo cargo también habrá de ser desestimado, la Corte se pronunciará en el sentido de no casar la sentencia impugnada.

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

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

Excusa justificada

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ORTÍZ

JAVIER ZAPATA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 El proceso, una vez rendido el concepto de la Procuraduría, arribó a la Corte para emitir el respectivo fallo el 6 de octubre de 2008.

2 Fl. 325 cd. # 1).

3 Fl. 324 cd. ídem).

4 Fl. 12 cd. Tribunal.

5 Auto del 28 de febrero de 2006. En el mismo sentido, pronunciamientos realizados en febrero 14 de 2002, Rdo. 18.457; 4 de agosto de 2004, Rdo. 21.287; 18 de noviembre del mismo año, Rdo. 20.521; y 18 de octubre de 2005, Rdo. 24.275.

6 Tales: sentencia del 15 de junio de 2005, radicación 20528; auto del 5 de diciembre de 2007, radicación 28770; auto del 15 de diciembre de 2007, radicación 27712; auto del 23 de enero de 2008, radicación 28890; auto del 20 de febrero de 2008, radicación 26146; auto del 9 de abril de 2008, radicación 29452; y sentencia del 17 de septiembre de 2008, radicación 26410.

7 Alude al artículo 30 (partícipes) del Código Penal, Ley 599 de 2000.

8 ROXIN Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1998. p 384.

9 Fol. 399 cd. # 2 de la actuación.

10 Fl. 501 vto. Cd. # 2 de la actuación.

11 Cfr. Sentencia del 17 de junio de 2004, radicación 14561.

12 Fl. 16 cd. del Tribunal.

13 Fl. 15 cd. del ídem.

14 Fs. 346 y 347 cd. # 2.

15 Fl. 347 cd. ídem.