

Proceso No 30911

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.241

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación en virtud de la admisión de la demanda presentada por el defensor de ELIANA PEÑA GAITÁN, así como el quinto cargo formulado en los libelos de los defensores de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA y JAVIER RAMOS PERDOMO, contra la sentencia de segundo grado de 1° de febrero de 2008 emitida por el Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial por cuyo medio los condenó como responsables de los delitos de peculado por apropiación agravado. A la enjuiciada también le fue predicado el ilícito de falsedad material en documento público.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de mayo de 2002 utilizando unas órdenes apócrifas fueron trasladadas de las cuentas Nos. 650-01361-8 y 650-06210-2 que la Tesorería Departamental del Huila tenía en el otrora Banco Ganadero de Neiva, las sumas de \$206.450.320,00 y \$175.528.435,00, respectivamente, a dos cuentas particulares abiertas en la ciudad de

Bogotá a nombre de Mauricio Perdomo Guzmán y Michael Ronald Olivares Giraldo; no obstante, al detectarse el fraude sólo lograron ser efectivamente retirados de éstas \$190.872.001,00.

La Fiscalía General de la Nación mediante proveído de 7 de junio de 2002 abrió formal investigación penal y vinculó a través de indagatoria a ELIANA PEÑA GAITÁN, Tesorera Departamental; DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA, relacionado con dicha entidad a través de un contrato de prestación de servicios; Francy Jiovana Rojas, mensajera de la misma corporación; IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ, funcionaria departamental como Pagadora del Colegio Francisco de Paula Santander de Neiva; y los particulares Mauricio Perdomo Guzmán, Michael Ronald Olivares Galindo y JAVIER RAMOS PERDOMO, estos dos últimos vinculados a través de declaración de persona ausente.

Por providencias de 19 de julio y 11 de octubre de 2002 les fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a la libertad provisional, de la siguiente forma: ELIANA PEÑA GAITÁN y DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA como presuntos coautores del concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad material en documento público; IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ y JAVIER RAMOS PERDOMO en calidad de intervinientes del ilícito de peculado, en tanto que no se les impuso alguna medida a Francy Jiovana Rojas González, Mauricio Perdomo Guzmán y Michael Ronald Olivares Galindo.

Clausurada la investigación, por decisión de 15 de enero de 2003 se calificó el mérito probatorio con preclusión de la investigación a favor de Mauricio Perdomo Guzmán y Michael Ronald Olivares Giraldo y con resolución de acusación en contra de ELIANA PEÑA GAITÁN y DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA como coautores del delito de peculado por apropiación agravado por superar la cuantía los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales; respecto de IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ, pese a su vinculación estatal pero sin alguna relación con la Tesorería Departamental y JAVIER RAMOS

PERDOMO particular, ambos en calidad de intervinientes y Francy Jiovana Rojas González como cómplice del mismo ilícito. De igual forma, se acusó a ELIANA PEÑA GAITAN, DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA, IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ y JAVIER RAMOS PERDOMO como coautores del punible de falsedad material en documento público y respecto de este último sindicado también se predicó su autoría en el delito de falsificación de sello oficial.

En firme la calificación el 11 de abril de 2003 ante su confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Neiva, la etapa del juicio la adelantó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad. A través de auto de 22 de octubre de 2003 les concedió a los procesados la libertad provisional al no haberse dado inicio a la audiencia pública, a excepción de JAVIER RAMOS quien para ese momento no se encontraba detenido efectivamente lo cual sólo vino a suceder el 12 de enero de 2005 cuando fue puesto a disposición de ese despacho, de ahí que por decisión de 19 de agosto siguiente y por el mismo motivo de vencimiento de términos fue beneficiado con la excarcelación.

Mediante fallo de 12 de abril de 2007 se condenó a ELIANA PEÑA GAITÁN y DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA como coautores de los delitos de peculado por apropiación agravado y falsedad material en documento público, a las penas de 200 meses de prisión, multa de \$192.489.194,00 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años. A IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ en calidad de “coautor-interviniente” de los mismos ilícitos a 150 meses de prisión y multa de \$192.489.194,00; JAVIER RAMOS PERDOMO también como “coautor-interviniente” de los referidos punibles en concurso con falsificación de sellos a 170 meses de prisión y multa de \$192.489.194,00 más el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales por ese ilícito concurrente y a Francy Jiovana Rojas González como cómplice del peculado a 70 meses de prisión y multa de \$192.489.194. Para estos últimos la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fue fijada por el mismo término de la pena aflictiva de la libertad impuesta.

También fueron condenados a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de \$192.489.194,00 cifra que al establecer el equivalente en salarios mínimos legales mensuales para el momento del fallo fue establecida en 44.454 salarios que deberían sufragar de manera solidaria.

En la misma decisión se ordenó investigar a empleados del Banco Ganadero de Neiva por su probable participación en el hecho, no solo por no haber confirmado personalmente las transacciones como correspondía, sino por la inmediatez que se dio entre la transferencia de fondos y su retiro efectivo de las cuentas particulares.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por los defensores de los enjuiciados, quienes abogaban por la absolución, así como por el Agente del Ministerio Público que deprecaba la redosificación punitiva al considerar que la calidad de intervinientes de los procesados sólo se podía predicar respecto del ilícito contra la Administración Pública y que se estaba ante un concurso homogéneo del delito de falsedad, el Tribunal Superior de Neiva mediante fallo de 1º de febrero de 2008 confirmó la condena, pero acogió la solicitud del representante de la sociedad y, eliminando una circunstancia de mayor punibilidad indebidamente considerada por el a quo cuando no había sido imputada en la resolución de acusación para ubicarse en el ámbito punitivo en el primer cuarto y no en el segundo como había procedido el inferior, determinó las siguientes sanciones:

Para ELIANA PEÑA GAITÁN redujo la pena de prisión a ciento noventa (190) meses, quince (15) días, manteniéndole la sanción de inhabilitación ciudadana en veinte (20) años, a DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA modificó su participación al considerarlo ya no coautor, sino interviniente del delito de peculado por apropiación agravado toda vez que pese a estar vinculado con un contrato de prestación de servicios no era colaborador funcional, ni delegatario de la Tesorería Departamental, de manera que manteniendo su coautoría en el ilícito de falsedad material en documento público le impuso ciento cuarenta y nueve (149) meses, veintidós (22) días de prisión, igual sanción fijó para

IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ y JAVIER RAMOS PERDOMO sin modificarles el grado de participación predicado, fijándoles la sanción accesoria en el mismo lapso de la pena aflictiva de la libertad. Para todos mantuvo la sanción pecuniaria de \$192.489.194,00, pero para este último enjuiciado la adicionó en el equivalente a 17,7 salarios mínimos legales vigentes por concurrirle la autoría en el delito de falsificación de sellos oficiales.

Finalmente, en relación con Francy Jiovana Rojas González revocó la condena y en su lugar la absolvió del cargo de complicidad en el delito de peculado por apropiación que le fuera formulado.

Contra la sentencia de segundo grado los defensores de todos los condenados interpusieron el recurso extraordinario de casación y la Corte al estudiar formalmente las demandas, a través de auto de 4 de marzo de 2009 declaró la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal derivada de los delitos de falsedad material en documento público a favor de los procesados DIEGO GERMÁN CHARRY VILANUEVA, IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ y JAVIER RAMOS PERDOMO, así como del ilícito de falsificación de sello oficial que le fuera atribuido a este último enjuiciado.

Por lo anterior, redosificó las penas al fijar respecto de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA, IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ, y JAVIER RAMOS PERDOMO, como intervinientes del delito de peculado por apropiación agravado, sesenta y nueve (69) meses y veintidós días (22) días de prisión, determinando el mismo término para la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al tiempo que excluyó de la pena pecuniaria el equivalente a 17,7 salarios mínimos que le habían sido impuestos a JAVIER RAMOS PERDOMO.

En la misma decisión la Corte admitió únicamente la demanda presentada en representación de ELIANA PEÑA GAITAN y el quinto cargo de los libelos formulados en

nombre de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA y JAVIER RAMOS PERDOMO, de lo cual se recibió concepto del representante del Ministerio Público.

LAS DEMANDAS

En nombre de ELIANA PEÑA GAITÁN

El defensor formula dos cargos con base en la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo: Error de hecho en la prueba indiciaria

Denuncia la aplicación indebida de los artículos 287 y 397 del Código Penal que contemplan los ilícitos contra los bienes jurídicos de la fe y la administración pública, en su orden, por yerros en la estructuración de los siguientes indicios:

1. Califica de falso el hecho del cual partió el Tribunal acerca de que ELIANA PEÑA “sabía o conocía el plan delictivo”, pues en su criterio, lo que ella conocía era la “idea” de defraudar los fondos de la Tesorería Departamental, como se lo propuso JAVIER RAMOS, aspecto sobre el cual sólo obra su narración de las reuniones cumplidas en la casa de IRMA GUTIÉRREZ y en un restaurante.

Para el censor, la experiencia y la psicología enseñan que en los actos humanos lo primero que surge es la idea, luego se da el plan o proyecto, y aquí lo propuesto por JAVIER RAMOS fue una simple idea que no alcanzó a materializarse, al punto que él no le indicó a ella cómo atentaría contra los fondos públicos, asunto que incluso no lo volvieron a tratar.

En su concepto, el indicio quedó mal estructurado al fallar la premisa menor de que todo el que conoce un delito y no hace nada por evitarlo, concurre a su realización, con lo

cual el juzgador cayó en un falso juicio de identidad, pues el conocimiento de la “idea” no se puede identificar con el conocimiento del “plan”.

2. También repara en el hecho de que ELIANA PEÑA, como Tesorera Departamental tenía información privilegiada de la existencia de fondos en las cuentas bancarias de esa entidad estatal del cual el juzgador edificó el indicio de oportunidad, porque en su parecer, de tal situación también tenían conocimiento los funcionarios públicos encargados de autorizar los traslados por vía telefónica así como los empleados del banco facultados de verificar la existencia de fondos para efectuar las transferencias, circunstancia que debilitaría la relación causal para hacer imposible la inferencia lógica.

Estima así que se configura una falsa inferencia, pues el conocimiento que tenía su asistida no alcanza a configurarse como un indicio de probabilidad, ni tiene la fuerza de una específica relación de causalidad tendiente a distinguir entre lo meramente verosímil y lo esencialmente probable.

3. Igualmente, refuta que del hecho de no haber denunciado su defendida el plan criminal que le propuso JAVIER RAMOS y a cambio haber accedido a relacionarse con él como “cerebro de la banda” se haya inferido una couatoría por omisión en el delito de peculado, pues insiste en que ella sólo conocía la idea y según el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal lo que se debe denunciar es el acaecimiento de una conducta punible investigable de oficio, esto es, un comportamiento típico, antijurídico y culpable, y como las simples ideas o pensamientos no trascienden a la objetividad, no tenía la obligación de denunciar, por ello estima, se incurrió en una falsa inferencia al partir el Tribunal de una premisa cierta para llegar a una conclusión errada.

4. Respecto a las relaciones sexuales extramatrimoniales, sostenidas entre ELIANA PEÑA GAITÁN y JAVIER RAMOS, aduce que ellas no encajan en el Derecho Penal de

Acto, porque el tema de la defraudación no fue tratado por ellos y la experiencia enseña que si una pareja ha tenido una conversación para realizar una acción de orden económico pueden prescindir de volver a abordar el asunto, aunque uno de ellos persista en llevarlo a cabo.

5. Que si bien para los falladores es inaudito que JAVIER RAMOS luego de haberle propuesto a ELIANA PEÑA ser parte de la defraudación y ella negarse, haya respondido con amenazas exigiéndole que se quedara callada y pese a esto la misma procesada accedió a mantener una relación extramatrimonial con él como si nada hubiera pasado, incurre el juzgador en otro error de inferencia, toda vez que tanto la psicología como la experiencia enseñan que por el principio de autoprotección si ella había recibido amenazas del jefe de una banda delincuencial era normal que sintiera miedo y para conciliar tal temor guardara silencio y aceptara la relación afectiva ante el fracaso de su matrimonio.

6. La conclusión judicial acerca de la actitud pasiva de la tesorera frente al conocimiento del ilícito, el no tomar medidas de seguridad y protección de los dineros bajo su cargo como advertir a sus empleados del riesgo o reiterar a los bancos para que dieran cumplimiento a la circular sobre confirmación personal de las transacciones a realizar, la considera el impugnante absurda, porque la enjuiciada no tenía conocimiento en concreto del plan para desfalcar a la entidad, ni JAVIER RAMOS u otra persona le dijeron cómo irían a sacar los fondos del banco, además, ella creía que sin su firma no sería posible tal sustracción y no estaba obligada a pensar que se la falsificarían o que el banco no confirmaría personalmente los traslados.

7. Acerca de la actitud displicente de la Tesorera ante la información de la mensajera Francy Jiovana Rojas en relación con las instrucciones dadas por DIEGO GERMÁN CHARRY de ir al banco y no firmar los recibos a su nombre, al contestarle aquella simplemente que no fuera a la entidad bancaria y se dedicara a otras labores y que iba a llamar a DIEGO para que le contara lo ocurrido, considera el censor que se trata de una proposición

incompleta por parte del Tribunal al no indicar qué postura debía asumir ella, incurriendo así en un error de raciocinio al anunciar un hecho como causa de un efecto que no se determina.

8. En relación con este asunto, agrega que no se tuvieron en cuenta las manifestaciones de ELIANA PEÑA en su indagatoria acerca de que una vez la mensajera Franci Jiovana Rojas le refirió las instrucciones dadas por DIEGO GERMÁN CHARRY, precisamente al requerirlo, éste le dijo “esa gente siempre lo hizo” sin precisar qué era lo que habían hecho, circunstancia que desdibuja la displicencia considerada por el Tribunal.

9. La conclusión del juzgador acerca de que su defendida no adoptó medidas cuando se enteró por parte del gerente del banco de la consumación del ilícito, la critica el censor por no precisarse qué conducta debía asumir ella, máxime que aquél concurrió a su despacho en las horas de la tarde del 8 de mayo de 2002 cuando desde el día anterior se habían hecho las transferencias y la misma corporación bancaria había bloqueado las cuentas, luego, si se trataba de un hecho consumado, cualquier omisión de la Tesorera quedaría por fuera del Derecho Penal de Acto porque las medidas debían adoptarse previamente.

En relación con el delito de falsedad material en documento público el demandante afirma que en el fallo no hay un análisis probatorio para fijar la responsabilidad de su asistida, pues no se hace mención a las manifestaciones de José Luis Cabrera, único que imputa participación de ELIANA PEÑA en la falsificación de las firmas puestas en las órdenes de traslado de dinero de la Tesorería.

En este sentido, encuentra un falso raciocinio por “motivación errónea, equivocada e ilógica” del fallo pues correspondía analizar las manifestaciones del aludido testigo único para impartir o restarle credibilidad, dicho que en su parecer está marcado por la

parcialidad, ya que hizo su aparición procesal a instancia del jefe de la banda delincencial como retaliación cuando ELIANA PEÑA no se retractó de las imputaciones realizadas.

A manera de contraindicios expone que no aparece probado que la Tesorera hubiera recibido participación del “botín”, pues por la cifra apropiada, el sentido común y la experiencia indican que si su participación era indispensable, debía haber recibido un alto porcentaje no inferior al 30% de lo apropiado, aproximadamente \$56.700.000,00 y como no hay evidencia de ello se estructura un indicio de inocencia en su favor, y que al dar por cierto el Tribunal que ella tuvo un incremento patrimonial injustificado, desconoce que se acreditó el manejo conjunto con su esposo de sus cuentas bancarias.

Aduce que también concurren contraindicios que le favorecen por haber denunciado el delito y señalado a los autores sin tener necesidad de hacerlo.

Por lo tanto, pide a la Corte casar el fallo y absolver a su defendida.

Segundo cargo: Error de hecho por falso juicio de existencia

Indica que las divergencias del material probatorio arrojaban dudas de la responsabilidad de su asistida, las cuales debieron ser resueltas a su favor en aplicación del principio in dubio pro reo.

Para el recurrente, la única prueba que apunta hacia la responsabilidad de ELIANA PEÑA es el testimonio de José Luis Cabrera al indicar que en una reunión en Bogotá ella le entregó los sellos de la Tesorería y su firma para ser falsificados por alguien cuya identidad no se conoce y que puede tratarse de Henry Granados, y agrega que tal dicho sólo genera incertidumbre por tratarse de un delincuente e incurrir en contradicciones.

Anota también que los juzgadores pasaron por alto que la participación de ELIANA

PEÑA era innecesaria, incluso inconveniente, pues la información privilegiada la poseían también otras personas, además, los sellos y las firmas estaban al alcance de muchos, tanto de los otros procesados, como del personal del banco.

Concluye que si bien la administración de los recursos públicos

se encontraba en cabeza de su asistida y la custodia estaba a cargo del banco, esta entidad faltó a su deber objetivo de cuidado al no efectuar la confirmación personal del traslado de los fondos públicos.

De la misma manera, denuncia un falso juicio de existencia por no haber tenido en cuenta pruebas que denotaban la inocencia de su defendida como el dictamen grafológico practicado a las notas débito en el que se concluye que las firmas allí estampadas no corresponden al gesto gráfico de ELIANA PEÑA tratándose de imitaciones, así como la pericia realizada en los documentos relacionados con la apertura de las cuentas bancarias a las cuales fueron trasladados los dineros oficiales, probanzas que excluyen su participación en la colocación de la rúbrica, así como el dictamen respecto de los sellos al determinar que no fueron confeccionados por el sello seco ni el protectógrafo utilizado en la Tesorería.

En consecuencia, solicita a la Sala casar el fallo.

Cargo común de las demandas presentadas en nombre de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA y JAVIER RAMOS PERDOMO

Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Los defensores denuncian al unísono la falta de aplicación de los artículos 6°, 39, 397 de la Ley 599 de 2000 al no tener en cuenta el dictamen pericial rendido por Ramiro Gutiérrez Tovar concluyente que el valor de lo apropiado ascendió a \$190.872.001,00,

cuando contrariamente, los falladores fijaron la sanción pecuniaria en \$192.489.104,00, cifra sin demostración en el proceso, por ello, reclaman casar el fallo y ajustar la pena de multa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado sugiere a la Corte no casar la sentencia por razón de la demanda presentada por el defensor de ELIANA PEÑA GAITÁN; pero hacerlo de forma parcial con base en los cargos formulados por los representantes judiciales de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA y JAVIER RAMOS PERDOMO.

Demanda en nombre de ELIANA PEÑA GAITAN

Estima el Procurador que la postura del demandante en el sentido de que la procesada sólo conoció la idea de defraudar las arcas estatales pero no el plan criminal, no encuentra soporte probatorio en cuanto, contrariamente, está demostrada su participación en la ejecución del delito.

Bajo esta óptica, resalta las deducciones judiciales que establecieron la coautoría de la inculpada, no solo por haber aceptado que con anterioridad le había sido propuesto el plan criminal, sino porque posteriormente y a través de su mensajera Francys Jiovana Rojas se enteró de los actos y propuestas encaminadas a la ejecución de la defraudación, incurriendo en una conducta omisiva al no denunciar el hecho o adoptar medidas de protección de los caudales públicos, lo cual, a la postre facilitó el resultado final.

En lo que atañe a la relación afectiva que sostuvo la inculpada con JAVIER RAMOS, “cerebro de la banda” con la connivencia de IRMA GUTIÉRREZ, indica el Delegado que si bien aquella aseveró que el tema de desfalcar a la administración no fue tratado otra vez por su compañero sentimental, ello se desvirtúa con las variadas comunicaciones

telefónicas y personales que sostuvo con él, incluso en Bogotá en marzo de 2002, así como con las entrevistas que tuvo con IRMA GUTIERREZ antes, durante y después de la ejecución de los conductas ilícitas, lo cual se constituye en indicio grave de concurrencia delictual, pues no otra explicación cabe que teniendo conocimiento de lo que iba a suceder y quien lo ejecutaría, se mantuviera en contacto precisamente con JAVIER RAMOS.

Aduce que otro indicio grave de responsabilidad de la enjuiciada lo constituye el hecho de la denuncia penal formulada extemporáneamente, pues pese a conocer los traslados de fondos el mismo día en que se efectuaron, esto es, el 7 de mayo de 2002 y saber lo del incidente que se había suscitado entre DIEGO GERMAN CHARRY y Francy Jiovana Rojas el día anterior (6 de mayo), cuando él le indicó que al ir al banco no fuera a firmar con su nombre sino con el de Diego León Vargas, sólo hasta el 8 del mismo mes y año denunció la sustracción de los dineros argumentando que hasta entonces no sabía nada.

En este orden, no resulta de recibo para el representante del Ministerio Público la afirmación de la procesada acerca de haber recibido amenazas desde el momento en que no quiso hacer parte del plan criminal, por cuanto además de carecer tal afirmación de respaldo probatorio, no resulta admisible ante el hecho de que sí pudo denunciar los hechos delictivos cuando ya se había consumado el desfalco.

Indica que si bien el demandante precisó el falso raciocinio, en el fondo se trata de un cuestionamiento al análisis y valoración probatorios empleando un nuevo y particular examen de los elementos de juicio, sin lograr desestimar el vigor persuasivo que los juzgadores dedujeron.

En suma, al estimar que por el acuerdo y en el reparto de roles el accionar de la procesada fue determinante para lograr los objetivos de la empresa delictiva, solicita

que el fallo de condena se mantenga.

Cargo común de las demandas presentadas en nombre de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA y JAVIER RAMOS PERDOMO

Para el Delegado, la censura debe prosperar porque los juzgadores no tuvieron en cuenta el dictamen pericial en el cual se determinó que el valor de lo apropiado ascendió a \$190.872.001,00, y contrariamente, fijaron la sanción pecuniaria en \$192.489.194,00, monto aquél que incluso corresponde a lo solicitado por la parte civil respecto al capital efectivamente sustraído.

Por lo tanto, insta a la Sala a variar la pena de multa impuesta a los procesados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda en nombre de ELIANA PEÑA GAITÁN

A través de la postulación de la violación indirecta de la ley sustancial debido a yerros fácticos, inicialmente en la construcción de la prueba circunstancial, anhela el censor la reforma de la declaración de responsabilidad penal hecha a su representada con ocasión de la defraudación de que fue objeto la Tesorería Departamental del Huila, tras el apoderamiento de \$190.872.001,00 mediante la utilización de órdenes de traslado apócrifas por hechos acaecidos el 7 de mayo de 2002.

Con anterioridad, la Corte ha enfatizado que la valoración racional de carácter probatorio implica, en principio, un estudio individual de los elementos de convicción, para seguidamente confrontarlos con todo el acervo, actividad intelectual esencialmente dinámica tendiente a acreditar la verdad de lo acontecido.

Tratándose de la prueba indirecta o indiciaria, como juicio de valor corresponde

realizar un proceso lógico deductivo o inductivo a través de las reglas de la experiencia partiendo de un hecho indicador para acreditar un hecho desconocido, cumplido ello, la corrección formal del pensamiento se advertirá en la entidad del nexo inferencial, así como en su fuerza de convicción y en la convergencia y concordancia de varios indicios, cuya armonía de los hechos inferidos llevará a una sola conclusión.

En este caso, la Sala no advierte el abandono deliberado de la razón por parte del Tribunal o algún desafuero intelectual en el proceso de apreciación probatoria pese a los esfuerzos del libelista para denotar la pretermisión de la correcta inferencia en la construcción de la prueba circunstancial.

Efectivamente, para denotar la pretermisión del postulado de la lógica como explicación del pensamiento adecuado el censor funda el reparo en errores en la prueba indiciaria cuando estima que: i) es falso el hecho fundante de que ELIANA PENA conocía el plan criminal, porque solamente conocía la idea, ii) en las relaciones extramatrimoniales que sostuvo con JAVIER RAMOS “cerebro de la banda” no se volvió a mencionar tal tema; iii) no estaba obligada a denunciar una simple idea, iv) por el principio de autoprotección, al haber sido amenazada, guardó silencio y luego accedió al romance con aquél; v) no era la única persona que tenía información privilegiada acerca de las cuentas de la Tesorería Departamental, vi) no medió actitud displicente de su parte, pues no podía adoptar medidas previas al no saber cómo se realizaría la operación fraudulenta.

Pero fue precisamente la gravedad, convergencia y concordancia de los indicios lo que permitió al juzgador llegar a la certeza sobre la responsabilidad de ELIANA PEÑA GAITÁN, Tesorera Departamental designada por Decreto 007 del 2 de enero de 2001 por el Gobernador del Huila, toda vez que la prueba testimonial concordante con datos objetivos apuntalaban a su participación eficaz en el hecho.

El Tribunal, conforme con la explicación de la capacidad de convicción razonada científica y técnica que le ofrecían las probanzas en su conjunto estructuró el indicio de conexidad espacial u oportunidad física dada la condición cualificada en que se hallaba la procesada al decantar el análisis en las funciones que debía desempeñar como funcionaria pública encargada de la administración y manejo de las arcas departamentales, máxime que las cuentas afectadas con el traslado de dinero —Nos. 65001361-8 y 65006210-2 del otrora Banco Ganadero—, eran cuentas inactivas y tenían fondos provenientes de varios contratos realizados por la Gobernación del Departamento.

Se aclaró que al fungir como Tesorera obviamente no tenía directamente el dinero al estar en custodia bancaria, pero sí estaba bajo su administración con la directa posibilidad sobre su manejo, en otras palabras, los caudales estatales se encontraban dentro de la órbita de sus funciones con una clara disponibilidad jurídica, de allí el juzgador edificó su aporte, catalogándolo como fundamental porque precisamente sabía de tales cuentas y los recursos existentes, del manejo interno dispuesto para sus movimientos financieros o traslados, así como del trámite establecido con la entidad bancaria, información privilegiada que la ubicaba como eje de la operación ilícita a fin de facilitar su realización.

No se tomó solamente en consideración la condición especial en que se encontraba la enjuiciada dada su vinculación laboral con la entidad estatal, se aplicó la experiencia basada en el conocimiento previo de las funciones como Tesorera, la confianza que se le depositaba como funcionaria pública encargada de la dirección de la misma y el sigilo que debía guardar de la información de las medidas de protección y seguridad dispuestas para los bienes oficiales, circunstancias que la vinculaban directamente como la persona al interior de la Tesorería que suministró tal información a fin de que los ejecutores realizaran el reato porque eran datos esenciales de los cuales dependía el éxito del mismo.

El nexo inferencial no torna difusa la conclusión del fallador, y se queda en simple

conjetura la manifestación del impugnante acerca de las posibilidades de que otras personas, incluso los empleados del banco tuvieran acceso a tal información, pues acudiendo al postulado de verosimilitud de la regla de experiencia, se respondía a una relación de probabilidad dadas las funciones discernidas a la inculpada y el hecho de que con su firma se realizaban las operaciones financieras, generándose así una mayor precisión al acotar su responsabilidad.

Tampoco en el segundo cargo que postula el demandante acerca del falso juicio de existencia por no haber tenido en cuenta el juzgador las experticias que desvinculaban a su asistida de la adulteración de los documentos no logra acreditar una situación fáctica que condicione dejar de aplicar las normas sustanciales que definen y sancionan los delitos contra los bienes jurídicos de la fe y la administración públicas que le fueron endilgados y el grado de participación atribuido, pues si bien pericialmente se estableció que la firma estampada en las órdenes de traslado de fondos como de la Tesorera Departamental ELIANA PEÑA GAITÁN no correspondían a su gesto gráfico, judicialmente se resaltó la reunión que cumplió la procesada en la ciudad de Bogotá en marzo de 2002 cuando aportó los signos de su firma así como el facsímile de los sellos empleados en la entidad a fin de dar vía para su adulteración.

De manera racional también sopesó el Tribunal la voz de alerta que el 6 de mayo de 2002 le dio la mensajera Jiovana Rojas a la procesada ante la propuesta que le hiciera DIEGO GERMÁN CHARRY acerca de que llevara unos documentos al banco, no firmara con su nombre y si le preguntaban allí que si en la Tesorería trabajaba Diego León Vargas, —personaje ficticio— respondiera afirmativamente, agregando el empleado que si todo salía bien le darían “una buena tajada a él, a la Doctora (Eliana) y a mi” ante lo cual la Tesorera se limitó a mandar a su dependiente a realizar otras actividades, en vez de poner en conocimiento de la autoridad tal proceder irregular, en una clara aparente actitud displicente que más bien cohonestadora del delito.

Pero no bastó esa acción omisiva. Judicialmente se estudió la manifestación de la propia inculpada relativa a que desde febrero de 2002 tras varias invitaciones de IRMA GUTIÉRREZ —líder comunitaria y colaboradora en las campañas políticas de su esposo Luis Humberto González, Concejal de Neiva para ese entonces—, anunciándole que le iba a presentar a un sujeto, “un cerebro” y que podía trabajar con él para ganar así mucho dinero, le fue efectivamente presentado JAVIER RAMOS, quien le dijo que “estaba sentada encima de la plata y que podía trabajar con ellos”, cumpliéndose luego otras reuniones ya con la participación de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA.

Tales aseveraciones encontraron soporte en el contacto fluido que de manera antecedente, concomitante y posterior al hecho sostuvo la enjuiciada tanto con JAVIER RAMOS como con IRMA GUTIÉRREZ, corroborado incluso con el listado de las múltiples llamadas telefónicas entre ellos realizadas y con las manifestaciones de los empleados de la Tesorería acerca de las frecuentes vistas de esta última aun el mismo día del fraude cuando apareció en la Tesorería y le hizo señas a ELIANA PEÑA de “mantener la boca cerrada”.

En este orden, su clara participación en el plan criminal se patentizó con las insinuaciones y propuestas para participar en el mismo que databan desde mucho tiempo antes de los sucesos y contrario a denunciarlas, así como a implementar medidas de blindaje y protección de los caudales públicos, optó la inculpada por relacionarse con RAMOS al punto de sostener un amorío con él.

En este aparte constituye una simple conjetura del libelista, por demás inverosímil, que mediando el interés de JAVIER RAMOS de defraudar las arcas departamentales, al interior de la relación afectiva que sostuvo con ELIANA PEÑA no se hubiera vuelto a abordar el tema relacionado con la forma de llevarla a cabo, partícipes necesarios y estratagema para disimular la participación de los funcionarios de la misma Tesorería,

pues así como se puso de presente en el fallo, en contra de él obraba como antecedente una sentencia penal con ocasión de una defraudación al Banco Agrario con el mismo modus operandi, del previo contacto con funcionarios que manejaban información clave, así como el establecimiento de un lazo afectivo con alguno de ellos al interior de la entidad.

Contrario a la postura del demandante al mostrar a su asistida totalmente ajena al desarrollo de los acontecimientos con lo cual se le miraría como simple instrumento en tanto que a JAVIER RAMOS se le tendría en calidad de autor mediato como la persona que desde atrás en forma dolosa dominaba la voluntad de aquella a fin de que obrara, ora bajo un error invencible, o bajo insuperable coacción ajena, deviene palmario que si bien RAMOS, tildado como el “cerebro de la banda”, ideó y diseñó el comportamiento delictivo, la voluntad de la procesada no se advirtió doblegada, tenía así conciencia de la antijuridicidad, y actuó de acuerdo al plan común trazado mediante la asunción de su rol a través de una conducta omisiva trascendental e facilitadora de la ejecución.

Nótese cómo en principio la procesada formuló la denuncia sin señalar a alguna persona como probable autor del apoderamiento de los bienes oficiales, pero ya en su tercera aparición en ampliación de la misma ofreció datos importantes acerca de la forma como se desarrolló el ilícito y partícipes del mismo, inicial silencio que encuentra justificación dada la relación sostenida con JAVIER RAMOS, pues “la experiencia enseña que cuando se tiene una relación extramatrimonial ella se trate de ocultar a toda costa y por todos los medios, para evitar las consecuencias sentimentales que pueden sobrevenir para los amantes”.

Si bien finalmente denunció los hechos y señaló a los autores, evento que resalta el libelista a manera de contraindicio, se trató de la puesta en conocimiento de la autoridad de un hecho cumplido, cuando debió desde un principio hacerlo antes de que afectaran las arcas departamentales, extemporaneidad que se advierte cuando pese a

que desde febrero de 2002 sabía del plan, y de que se concretó el 6 de mayo de la misma anualidad cuando la mensajera Jiovana Rojas le contó la propuesta que le había formulado DIEGO GERMÁN CHARRY de ir al banco, firmar con otro nombre y afirmar que en la Tesorería laboraba Diego León Vargas, no realizó alguna acción tendiente a frenar el traslado de dineros que se cumplió al otro día, en tanto que la denuncia la formuló solo hasta el 8 de mayo.

En este sentido, para la Sala no resulta jurídicamente válida la afirmación del recurrente acerca de que su asistida no estaba obligada a denunciar al conocer sólo una idea y no un plan y no ser pasible de denuncia los simples pensamientos que no trascienden a la objetividad, porque además de que desde el mismo 6 de mayo la mensajera le dio la voz de alerta de los movimientos irregulares que le había pedido realizar DIEGO GERMÁN CHARRY en el banco, éste mismo al entrevistarse con aquélla ese mismo día le indicó que “esa gente siempre había hecho la operación” lo que denotaba ya actos ejecutivos del comportamiento.

El examen aislado o fraccionado de los indicios le impide al demandante advertir la armonía y relación que guardan entre sí, pues de los mismos se establece que teniendo conocimiento de lo que iba a suceder respecto de los dineros públicos que reposaban en cuentas inactivas y quiénes lo realizarían, la Tesorera Departamental no desarrolló alguna acción tendiente a impedirlo, teniendo el claro deber jurídico de evitarlo.

Precisamente por ello el Tribunal predicó su coautoría impropia dada su conducta omisiva, no sólo por no denunciar, sino por no adoptar medidas de protección de los caudales públicos en una clara comisión por omisión que permitió el resultado típico previsto en la ley.

En este orden, ningún desafuero intelectual se advierte en la valoración judicial empleada por el Tribunal para predicar a través de la regla de equivalencia o equiparación punitiva

entre la acción y la omisión ante el no hacer como obrar consciente y deliberado tendiente a facilitar la consumación del hecho por parte de la procesada con el cual se verificó el nexo de evitación con la conducta de ella esperada que de haber sido realizada habría permitido interrumpir o evitar el resultado, pues además de su deber de cumplir con las funciones y obligaciones como funcionaria pública, tenía el gran poder que le implicaba ostentar el cargo de Tesorera Departamental, específicamente de administrar y custodiar los bienes oficiales.

Por último, la queja que funda el censor en relación con la estimación judicial relacionada con el inusitado aumento patrimonial de la enjuiciada, de manera detallada se sopesó en el fallo que si dependía de su sueldo, el cual para la época ascendía a \$4.066.000,00 más el arriendo de un local que le reportaba \$400.000,00 no se compadecía que tuviera ingresos bancarios superiores a \$75.000.000 en el periodo comprendido entre enero y junio de 2002, apareciendo movimientos similares en la cuenta de su cónyuge Luis Humberto González Ortiz, evento que constituía otro indicio en su contra.

Bajo esta perspectiva, la Sala resalta la racionalidad de los falladores, la apreciación conjunta de la prueba circunstancial, su convergencia y concordancia dado que los hechos inferidos guardaban armonía entre sí y llevaban a una sola conclusión; la participación directa de ELIANA PEÑA GAITAN en la conducta de apropiación de dineros oficiales con la utilización de documentos apócrifos.

Vista así la realidad contenida en el fallo impugnado, se ha de concluir que carece de fundamento la pretensión del defensor, por consiguiente, las censuras no deben prosperar.

Cargo común de las demandas presentadas en nombre de DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA y JAVIER RAMOS PERDOMO

Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Tal y como lo postulan los defensores y lo avala el representante del Ministerio Público, es evidente la infracción de la ley sustancial en lo que tiene que ver con la tasación de la pena pecuniaria establecida legalmente para el delito de peculado por apropiación de acuerdo con el artículo 397 inciso 2° de la ley 599 de 2000 en el valor de lo apropiado sin llegar a superar el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes, en cuanto los juzgadores no tuvieron en cuenta el dictamen pericial determinante que el valor de lo apropiado ascendió a \$190.872.001,00, y contrariamente, fijaron tal sanción en \$192.489.104,00.

Efectivamente, la certificación de la Tesorería Departamental del Huila, expedida el 23 de julio de 2003 el dinero sustraído de las cuentas Nos. 650-01361-8 y 650-06210-2 que tenía esa entidad en el otrora Banco Ganadero, corresponden a \$140.409.601 y \$50.462.400, respectivamente, para un total de \$190.872.001,001.

A su turno, el dictamen rendido por el perito Ramiro Gutiérrez Tovar tendiente a cuantificar los daños materiales causados los estableció en \$261.608.832,00, discriminando allí el daño emergente en \$190.872.001,00 y el lucro cesante en \$70.736.831,002.

En posterior adición del dictamen a solicitud del defensor de JAVIER RAMOS PERDOMO y del apoderado de la parte civil, el perito tras aclarar que el estimativo de lucro cesante lo había realizado con base en el índice de precios al consumidor y la tasa de interés certificada por la Superintendencia Bancaria, al hacer la proyección correspondería a \$170.304.214,00, dejando intacta la cifra correspondiente al lucro cesante de \$190.872.001,00.

El Juzgador por su parte al momento de tasar la pena pecuniaria estimó que el valor de lo apropiado correspondía a \$192.489.194, cifra, para tal estimación consideró que “el valor total que se pretendió defalcarse al departamento del Huila era de \$381.978.755 de los que se alcanzaron a sustraer mediante retiros por ventanilla la suma de \$189.000.000,

el resto del dinero o sea \$192.489.194 una vez descontados los gravámenes financieros pudo ser bloqueado al descubrirse el ilícito y devueltos a las arcas estatales". (subrayas ajenas al texto).

Por lo tanto, tomó el monto del dinero efectivamente devuelto a la administración, desconociendo el dictamen que tras analizar los movimientos y la suma efectivamente debitada de las cuentas fijó el valor de lo apropiado en \$190.872.001,00.

Así las cosas, se accederá a la pretensión de los libelistas de casar parcialmente el fallo a fin de reducir la sanción pecuniaria en virtud del principio de legalidad de la pena al valor de lo apropiado de ciento noventa millones ochocientos setenta y dos mil un pesos (\$190.872.001,00), decisión que se hará extensiva a las procesadas ELIANA PEÑA GAITÁN e IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ.

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

RESUELVE

1. NO CASAR la sentencia por razón de los cargos formulados por el defensor de ELIANA PEÑA GAITÁN.
2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia en el sentido de reducir la pena impuesta a DIEGO GERMÁN CHARRY VILLANUEVA, JAVIER RAMOS PERDOMO, así como a ELIANA PEÑA GAITÁN e IRMA GUTIÉRREZ ORTÍZ a ciento noventa millones ochocientos setenta y dos mil un peso (\$190.872.001,00).
3. INDICAR que, en lo demás el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
DE LEMOS

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 76 Cuaderno de causa N° 2

2 Folio 36 Cuaderno de causa N° 3