

Proceso n° 33321

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 48

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diez (2010)

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de adecuada argumentación de la demanda de casación presentada por el apoderado de LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS, contra la sentencia de segundo grado de 21 de agosto de 2009 mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva (Huila) confirmó la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, por cuyo medio la condenó como coautora del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El apoderado de la FIDUCIARIA DEL ESTADO denunció que tras la constitución de un patrimonio autónomo y con apoyo en un contrato de fiducia mercantil celebrado entre esa entidad y la sociedad CABALLERO Y RESTREPO S.A., representada legalmente por Darío María Restrepo Villa, (también miembro de la junta directiva de la FIDUCIARIA DEL ESTADO), con bienes estimados en la suma de \$2.300.000.000,00, a solicitud de

éste y de otras personas fueron expedidos hasta el 30 de junio de 1995 varios certificados de garantía por valor de \$1.442.000.000,00, y que ante el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de los fideicomitentes, al proceder a avaluar tales bienes para su venta a fin de satisfacer las acreencias se advirtió su sobrevaloración, pues pericialmente se acreditó que para el momento de la constitución de la fiducia solo ascendían al valor de \$752.000.000,00 quedando así sin respaldo aquellos créditos.

Se estableció también que de manera irregular en la sucursal del BANCO DEL ESTADO de la carrera décima de Bogotá, a cargo de LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS —quien sostenía una relación sentimental con Darío María Restrepo Villa—, fueron desembolsados dineros mediante el otorgamiento de créditos ordinarios, aceptaciones bancarias, cartas de crédito, sobregiros irregulares a diversas sociedades con el respaldo del patrimonio autónomo de la compañía CABALLERO Y RESTREPO S.A., utilizando todo tipo de operaciones fraudulentas, incluso con documentos falsos y firmas falsificadas, afectando el patrimonio de la entidad bancaria estatal.

La Fiscalía General de la Nación abrió formal investigación penal y vinculó a través de indagatoria, entre otros a LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS y le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin el beneficio de la libertad provisional, como presunta autora de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación a favor de terceros y coautora de falsedad en documento privado, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo sucesivos.

Posteriormente, la Unidad de Delitos Financieros de la Fiscalía formuló el 3 de febrero de 2000 resolución de acusación por los referidos comportamientos punibles, decisión que adquirió firmeza el 25 de julio de la anualidad en cita cuando la Delegada ante el Tribunal la confirmó modificando solamente lo concerniente al ilícito de concierto para delinquir en cuanto le precluyó la investigación por el mismo. En ese proveído le substituyó

también la detención preventiva por la domiciliaria.

La fase del juicio la adelantó inicialmente el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 del Decreto 2700 de 1991 acerca de la figura de la acumulación de procesos, mediante auto de 17 de mayo de 2001 remitió el diligenciamiento al Juzgado Segundo de la misma jerarquía con sede en Neiva para que hiciera parte de la causa que por el delito de falsedad cursaba en contra de un procesado común (Danilo José Marín Contreras)¹

.

A través de providencia de 19 de julio de 2007 se declaró la prescripción de la acción penal derivada del delito de falsedad en documento privado y se cesó procedimiento por el mismo a favor de SALAMANCA FLECHAS, en tanto que el 7 de abril de 2008 se le concedió la libertad por pena cumplida.

Pese a la acumulación de procesos y al proferimiento de sentencia condenatoria en contra de los procesados, el Tribunal Superior Neiva, al conocer del recurso de apelación promovido contra tal proveído, mediante decisión de 7 de octubre de 2008 declaró la nulidad parcial en lo concerniente a LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS ante la afectación del derecho de defensa al no haber comparecido a la vista pública haciéndose obligatoria su asistencia por estar bajo detención domiciliaria.

Subsanada la irregularidad, mediante sentencia de 7 de mayo de 2009 se condenó a LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS como coautora del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo, a las penas principales de ochenta (80) meses y dieciséis (16) días de prisión, multa de quinientos mil pesos (\$500.000,00) e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de cuatro (4) años. Si bien se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no se hizo efectiva la restricción de su libertad por ya haber descontado el término de la sanción

por imponer. También la condenó a pagar la suma de \$964.026.000,00 debidamente indexada, como perjuicios causados al BANCO DEL ESTADO y a la FIDUCIARIA DEL ESTADO.

En virtud del recurso de apelación formulado por el defensor de la enjuiciada, el Tribunal Superior de Neiva, por decisión de 21 de agosto de 2009 confirmó la condena, por lo cual insiste el mismo sujeto procesal a través de la impugnación extraordinaria con la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 600 de 2000 el libelista formula dos cargos: uno al amparo de la causal tercera por nulidad y el otro bajo la primera por violación indirecta de la ley sustancial.

PRIMER CARGO: Nulidad por violación del derecho de defensa

Luego de citar como infringidos los artículos 29 y 230 de la

[Constitución Política](#), 6° y 13 del Código Penal, 6°, 8°, 9° 10° y 13, 20, 232, 234 del Código de Procedimiento Penal, solicita la invalidez procesal a partir de la audiencia preparatoria, por cuanto no fueron ordenadas las siguientes pruebas que eran conducentes y pertinentes para predicar la inocencia de la procesada:

- Solicitar a la Superintendencia Bancaria certificación acerca de los lineamientos y parámetros del contrato de fiducia en garantía, con lo cual se pretendía acreditar la inexistencia del delito de peculado, porque independientemente de las irregularidades presentadas, la FIDUCIARIA DEL ESTADO debía pagar al BANCO DEL ESTADO el valor de las garantías expedidas contra el patrimonio autónomo CABALLERO Y RESTREPO S.A.

- Pedir al BANCO DEL ESTADO información acerca de:

1. Los procedimientos implementados para 1993 para la apertura de cuentas corrientes y aceptaciones bancarias, así como los funcionarios encargados de revisar la documentación a fin de determinar si tenían la posibilidad de detectar su adulteración o eran expertos grafólogos.

Para el censor, se acreditó que la procesada no aprobaba la vinculación de personas al banco, tampoco sus funciones eran las de recaudo, revisión o aprobación de créditos, ni tenía responsabilidad respecto de los documentos que soportaban la apertura de las cuentas y los créditos otorgados.

2. El departamento encargado de aprobar la apertura de cuentas y el funcionario que debía mantener bajo custodia las aceptaciones bancarias, pues estaban a cargo del Subgerente Administrativo Noé Ramos, en una caja fuerte con clave, a la cual la procesada no tenía acceso.

3. Indicar si LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS antes de su retiro del banco salió a disfrutar sus vacaciones y nunca regresó a su puesto de trabajo, por cuanto contrariamente renunció, con lo cual se demostraría que para el momento en que se advirtieron las irregularidades ella ya no trabajaba para esa entidad, de ahí que cuando estuvo laborando no tenía por qué reportarlas.

4. Allegar la hoja de vida de la inculpada con miras a determinar si tenía algún llamado de atención para de esa manera desvirtuar las irregularidades, pues de existir se habrían reflejado en procesos disciplinarios, memorandos o hasta en la terminación unilateral del contrato por parte del banco.

5. Si figura como obligación vencida una carta de crédito del exterior a nombre de Rafael Perdomo, toda vez que la misma nunca se abrió, y por lo tanto, no hubo algún

desembolso.

6. Cómo funciona la parte operativa del canje, puesto que se le atribuye responsabilidad a su asistida respecto de cheques y traslados efectuados entre las cuentas de diferentes personas que luego se interrelacionan con el grupo CABALLERO Y RESTREPO S.A., por créditos obtenidos con el aval de la FIDUCIARIA DEL ESTADO, cuando en criterio del defensor, ello corresponde a la facultad que tiene cualquier cliente de girar contra su cuenta y a favor de quien desee los cheques que estime convenientes, sin que implique que de cada giro la procesada tuviera que tener conocimiento.

7. Si es cierto que LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS desembolsó a la firma CABALLERO Y RESTREPO S.A., la suma de \$30.000.000,00 con ocasión de un crédito del BANCO POPULAR, porque extrañamente el BANCO DEL ESTADO le canceló a aquella entidad bancaria tal suma sin tener la obligación de hacerlo.

- Oficiar a varias entidades financieras a fin de determinar si la inculpada gestionó operaciones fraudulentas en relación con la compañía CABALLERO Y RESTREPO S.A, con lo cual se transformaría la afirmación judicial acerca de que ella estaba enterada de las actividades criminales de los representantes de esa sociedad.

- Recepcionar la declaración de Ramón Garcés, Gerente de Zona del BANCO DEL ESTADO para establecer si los créditos se otorgaban sin los respectivos soportes, porque cuando se afirma que la procesada tramitó créditos sin el lleno de los requisitos legales, no se explica cómo aparecen con el visto bueno de aquél.

- Recibir las declaraciones de Luis Vega Pertuz, Ramiro Alberto Suárez, José Gonzalo García Alvis, Luis Fernando Rodríguez, Marta Emilia Torres, Antonio del Risco, Walter Caicedo, Alejandro Hernández, Sixta Tulia Zarco, para determinar si solicitaron créditos ante el BANCO DEL ESTADO y cumplieron con los requisitos exigidos, pruebas que permitían probar que la procesada no tenía relación con los documentos y trámite

de los mismos.

- Oír el testimonio de Elías Botero Salazar en relación con el trámite de la documentación que llegó por correo interno desde Neiva a fin de determinar si él entregó los pagarés y las solicitudes en el banco a los señores Perdomo Perdomo.
- Escuchar el testimonio de Rafael Rodríguez, Jefe de Cuentas Corrientes de la sucursal principal del BANCO DEL ESTADO, quien realizó el traslado de fondos de las cuentas de los señores Perdomo Perdomo, dicho que podría probar si era indispensable la existencia o no de una carta de autorización de los clientes.
- Oír en declaración a Elcy Caicedo Polanía, Subgerente de Crédito del BANCO DEL ESTADO, para comprobar: i) si ella debía efectuar los desembolsos de la sucursal de la carrera décima en caso de no concurrir todos los requisitos exigidos, ii) si ella desembolsó o vio que se realizaran operaciones de crédito por un valor superior al atribuido a la gerencia, iii) el trámite de las aceptaciones bancarias, iv) la razón por la cual su firma aparece junto a la de la gerente autorizando los desembolsos, v) por qué aparece girando dinero a personas que han indicado no haber recibido suma alguna a pesar de que sus firmas son auténticas, vi) ubicación del fax y los empleados que tenía acceso a él.
- Oficiar al Jefe de la División Internacional del BANCO DEL ESTADO para establecer que la gerente de la sucursal de la carrera décima no tenía facultades irrestrictas respecto de operaciones de comercio exterior.
- Oficiar al DAS con el objetivo de certificar quiénes se beneficiaron con los dineros del BANCO DEL ESTADO.
- Oficiar a la Fiscalía 298 para allegar el examen grafológico practicado a LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS para probar así que ella nunca falsificó algún documento.

Cargo Subsidiario: Violación indirecta de la ley sustancial debido a un error de hecho

Radica el error fáctico en un falso raciocinio que llevó a la

aplicación indebida de los artículos 22 y 133 del Código Penal de 1980 (modificado por el artículo 2° de la Ley 43 de 1982).

Parte de la premisa relacionada con que la enjuiciada no tenía a su cargo las específicas funciones y documentos que se le atribuyen en la sentencia, de ahí que al no tener el control de los acontecimientos y no poseer el dominio final del hecho, no podía tildársela de autora o coautora del delito de peculado por apropiación.

En este orden, postula que el Tribunal erró en la inferencia lógica de la prueba indiciaria para soportar la condena al prescindir de las reglas de la experiencia.

En primer término, señala que no fue tenido en cuenta el escrito del Gerente Regional del BANCO DEL ESTADO de 6 de septiembre de 1994 en la cual felicita a LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS al destacar la buena ejecución de la oficina en la actividad bancaria, y le recomienda mayor gestión en las operaciones en moneda extranjera, razón por la cual ella redobló esfuerzos y contactó a Danilo José Marín Conteras, cliente recomendado por un alto ejecutivo del banco, sin que sea ilícita la conducta de buscar personas que necesitaran recursos para inversiones en el exterior.

Asevera que de haber sido considerada esta prueba no se habría

concluido que la procesada ingresó con antelación como gerente para servir de enlace en un gran plan para defraudar al banco.

Refuta al juzgador por desestimar que el retiro de la procesada de la entidad bancaria haya sido voluntario y resaltar que ello obedeció a requerimientos de los directivos y a

su indisciplina, porque en concepto del demandante no se apreció su carta de renuncia ni los varios escritos de 29 de diciembre de 1992, 11 de febrero y 24 de abril de 1994 en los cuales se le felicita por su desempeño.

Afirma que se predicó la pura responsabilidad objetiva de su asistida, sin consultar el Tribunal los parámetros de la sana crítica, pues con la declaración de Consuelo Marulanda de Rojas se puede concluir que era necesaria la existencia de la autorización de los fideicomitentes para la expedición de los certificados de garantía, aspecto que ratifica Rafael Alfonso Rodríguez Díaz acerca del traslado de recursos a las cuentas de los señores Perdomo Perdomo, así como Félix Ramón Cárdenas Solano en relación con las aceptaciones bancarias las cuales debían ser totalmente tramitadas, así como del testimonio de Álvaro Gómez Gómez del que se puede deducir que la procesada no era quien autorizaba las operaciones financieras, ni era la encargada de revisar los documentos, sino otros funcionarios del banco.

En consecuencia, solicita a la Sala casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio a favor de su representada.

ALEGATO DE OPOSICIÓN

El representante de la parte civil (BANCO DEL ESTADO EN LIQUIDACION) se opone a las pretensiones del demandante:

Primer cargo: Nulidad

Resalta que en manera alguna se vulneró el derecho de defensa de la procesada, pues de las pruebas enumeradas por el demandante, el juzgador ordenó la práctica de diecisiete de ellas, realizando todo tipo de actividades para surtir su evacuación, siendo diferente que ello no se hubiere logrado por circunstancias ajenas al despacho judicial.

Agrega que la situación denunciada fue convalidada por la misma procesada y su defensor cuando en la vista pública admitieron que las pruebas dejadas de practicar no eran necesarias, lo cual fue avalado por los representantes del Ministerio Público y de la Fiscalía General de la Nación.

Bajo esta óptica, pone de manifiesto que es carga de diligencia de los abogados, en especial de la defensa, lograr la práctica de las pruebas solicitadas y ordenadas, y aquí tal deber fue desatendido por el apoderado de la enjuiciada ya que además de no reiterar la solicitud o instar al juzgado por su práctica o colaborar para ello, no puede ahora fundamentar una nulidad con base en una conducta a la que él mismo dio lugar, pues una tal postura contraviene el principio de protección que rige en materia de nulidades, según el cual no puede invocar una nulidad el sujeto procesal que ha dado pie a la situación que la configuraría.

En este sentido, señala que el representante de la parte civil fue más diligente al buscar que de ninguna forma se vulnerara el derecho de defensa o el debido proceso, como lo resaltó el Tribunal.

De igual modo, postula que el argumento del censor acerca de lo que arrojarían las pruebas dejadas de practicar se queda en el campo de la especulación, fuera de algún alcance jurídico y probatorio, con el único fin de lograr la prescripción de la acción penal derivada del delito de peculado por apropiación endilgado a la procesada.

Como corolario de lo expuesto, al insistir en que la actuación es válida y respetuosa de las garantías fundamentales de la inculpada, pide a la Sala desestimar el cargo.

Cargo Subsidiario Violación indirecta de la ley sustancial

Denuncia las deficiencias en la técnica casacional por parte del

demandante, toda vez que confunde el error por falso raciocinio con el falso juicio de existencia, y que si bien transcribió apartes del fallo, se limitó a afirmar que la procesada no cumplía las funciones requeridas para cometer el delito de peculado por apropiación y que era una gran funcionaria, quedando sin algún sustento la clase de vicio anunciado al no indicar cuál postulado lógico, científico o de la experiencia fue desatendido judicialmente.

Defiende la valoración probatoria hecha por los juzgadores por cuanto fue conjunta y arrojaba la coautoría de SALAMANCA FLECHAS en el ilícito contra el bien jurídico de la administración pública.

Por lo mismo, pide a la Corte desechar de plano el reproche.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo: Nulidad (infracción de principio de investigación integral)

La pretermisión del deber de investigación integral por parte de los funcionarios judiciales es un vicio de estructura en cuanto se constituye legalmente en pilar fundamental del debido proceso ante el carácter teleológico de la investigación de establecer la verdad real de los hechos, lo cual sólo se logra mediante un ejercicio imparcial y objetivo a fin de recopilar elementos de juicio necesarios para acreditar la realidad de lo acontecido, yerro que necesariamente trasciende al derecho de defensa al coartar las posibilidades de contrarrestar la embestida del poder punitivo estatal.

En relación con tal principio la Corte ha resaltado su consagración en el artículo 250 de la [Constitución Política](#) de Colombia —antes de la reforma del Acto Legislativo N° 03 de 2002—, y su desarrollo legal,

“...como obligación a cargo de los funcionarios, y no como mera facultad o

discrecionalidad, además que en el régimen procesal por el que se adelantó esta causa igualmente fue consagrado como norma rectora obligatoria y prevalente, y como fundamento de interpretación del ordenamiento penal adjetivo (Ley 600 de 2000, artículo 20 y 24).

“Dicha garantía constitucional y principio rector de la Ley 600 de 2000, se encuentra íntimamente ligado con el de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba y con el de oficiosidad, de acuerdo con los cuales el operador judicial (fiscal o juez), en la determinación de la verdad real (artículo 234), está compelido a ordenar la incorporación de los medios de convicción que tengan la capacidad de ofrecerle el conocimiento cierto acerca de lo que es objeto de debate en el proceso, actividad en cuyo desarrollo debe dilucidar con igual celo tanto los aspectos favorables como los desfavorables a los intereses del procesado.

“El principio de investigación integral además de estar vinculado con el de oficiosidad en la práctica de pruebas, también lleva implícito, como expresión de la garantía de defensa, el derecho a la prueba, de rango constitucional, toda vez que quien es sindicado de una conducta punible, entre otras prerrogativas, le asiste la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra (artículo 29), derecho igualmente consagrado en la Carta Internacional de Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-3, b, c y e), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI) y en la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 8).

“Esas son las razones por las que el incumplimiento del principio de investigación integral, desde la perspectiva de la Constitución y del sistema de investigación y enjuiciamiento de la Ley 600 de 2000, puede constituir irregularidad sustancial que atenta contra el debido proceso, por desacato de los servidores del referido mandato superior (artículo 250 C. P.) y de las normas que, haciendo parte del Bloque de

Constitucionalidad, lo desarrollan, así como de lo señalado en los artículos 20 y 234 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en los cuales se hace énfasis en que al funcionario judicial le corresponde buscar la 'verdad real', para lo cual le corresponde averiguar con igual celo tanto 'las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia'."2

Además de lo anterior, el derecho a la prueba no es ilimitado en cuanto está supeditado a criterios de racionalidad relacionados con que las pruebas a practicar sean conducentes, pertinentes y útiles a la investigación a fin de representar lo sucedido, así como de posibilidad encaminado a que su realización sea factible.

Por ello, cuando en sede de casación se denuncia la infracción del principio de investigación integral, si bien es dable que el demandante acuda a argumentos especulativos para mostrar la otra arista de lo que pudo haber sido con la inclusión de los elementos de convicción dejados de practicar, sus proposiciones (premisas que fundamenten conclusiones) han de mantener una identidad formal y de contenido con miras a motivar la intervención de la Corte.

En efecto, para valorar la contundencia del argumento y advertir preliminarmente que los elementos de convicción dejados de practicar tenían la capacidad de modificar el estado fáctico y probatorio de la actuación y por ende trastocar el sentido de la decisión, el demandante debe realizar la confrontación de lo que ellos arrojarían frente a las motivaciones del fallo y evidenciar así la vulneración de las garantías del procesado.

Por lo mismo, no es suficiente enumerar las pruebas cuya práctica se considera omitida, sino que es preciso señalar su fuente, conducencia, pertinencia y utilidad, sin desatender la posible incidencia favorable a los intereses del inculcado, pues tal situación no puede ser catalogada en sí misma como una irregularidad sustancial si se

avizora que tales pruebas eran inconducentes, dilatorias, inútiles o superfluas, o también cuando pese a ser relevantes para la demostración de los hechos, su ausencia es intrascendente al estar suplidas a través de otros medios de convicción.

También, para una tal pretensión de invalidez de la actuación por carencia probatoria se han de atender los principios que gobiernan las nulidades al señalar la específica causal que legalmente la consagra, argumentar según el principio de instrumentalidad de las formas en dónde se origina la falencia de actividad y si ésta no cumplió con la finalidad para la que estaba prevista, además objetivar y demostrar que el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento conforme al principio de trascendencia, pero principalmente, acreditar que el sujeto procesal no coadyuvó con su conducta a la configuración de la actuación irregular de acuerdo al principio de protección, ni que lo hubiese convalidado con su consentimiento según el principio de convalidación, siempre que se hubiesen observado las garantías fundamentales.

El efecto demostrativo que pretende hacer notar el defensor aparece intrascendente, pues de las varias pruebas señaladas como dejadas de practicar se extrae que busca acreditar que la procesada, pese a desempeñarse como gerente de una sucursal bancaria, no tenía relación alguna con el personal a su cargo, con las solicitudes de los servicios crediticios y relacionados como son la apertura de cuentas, expedición de certificados de garantía y demás, que por lo mismo ni revisaba los documentos que los soportaban, ni aprobaba créditos.

Tal postura se muestra distante de la realidad procesal y probatoria en cuanto se acreditó la injerencia de LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS en las fraudulentas operaciones crediticias que afectaron tanto al BANCO DEL ESTADO como a la FIUCIARIA DEL ESTADO, al punto que el Tribunal destacó, entre otras, la declaración del funcionario bancario Elías Botero Salazar cuando aseveró:

“...esos traslados se tienen que hacer mediante nota débito y crédito a las cuentas. La única posibilidad que había en ese momento era que la GERENTE lo autorizara porque inclusive los empleados de cartera y cajeros así como el Subgerente Operativo tenían instrucción de que la única persona que lo podía hacer este tipo de traslado o mejor autorizar este tipo de traslado era la gerente de la oficina, era una función indelegable, nadie mas podía autorizarlo”. (subrayas ajenas al texto)

En la misma línea, se muestra también superfluo lo relacionado con el dictamen grafológico para desvincular a la procesada de los delitos contra la fe pública que facilitaron el desmedro del patrimonio estatal, si se tiene en cuenta que en el fallo se destacó que pese a no haberse demostrado su participación en la falsificación documental, su compromiso en los varios peculados sí se evidenciaba especialmente por el vínculo afectivo que tenía con Darío María Restrepo Villa, referenciado entre otros por la coprocesada Libia Dávila Daza cuando al referirse a la gerente de la sucursal bancaria señaló:

“todo este enredo de falsificaciones de créditos abonados, debitados, etc., tiene un autor intelectual y material que es DARIO RESTREPO VILLA, por la vinculación directa que tenía DARIO RESTREPO con LEONOR ASTRID DE MCALLISTER, lo cual puedo ratificar porque me consta ellos eran amantes (...) Ella nos decía en las reuniones que ella hacía lo que DARIO RESTREPO le dijera, que ella hacía lo que él quería al pié de la letra”.

A su turno, se muestra vano el esfuerzo del censor por hacer notar que su asistida renunció al cargo y no fue desvinculada o retirada por el mismo, porque en el fallo se da cuenta de la declaración de José Gustavo Aristizábal Londoño (alto ejecutivo del BANCO DEL ESTADO para la época de los hechos) cuando señaló que tras los incidentes suscitados con la enjuiciada,

“atendiendo sugerencia de la presidencia del banco, le comunicó a Salamanca de

Macallister sobre la intención de la institución de prescindir de sus servicios, ante lo cual ella suplicó le permitiera renunciar, accediéndose a tal pedimento”.

Pero además de lo superfluo e inconducente de los elementos de convicción que echa en falta el demandante, ratifica que el cargo no tiene la idoneidad suficiente para su admisión el hecho de que, tal y lo pone de manifiesto el apoderado de la parte civil en su alegato de oposición, están presentes las reglas que atemperan el rigor de la anulación procesal relacionadas con los principios de protección y convalidación, en cuanto la procesada y su defensor en la audiencia pública desistieron de la práctica probatoria.

Así, la revisión de medio magnético en el cual se recepcionó la vista pública permite evidenciar, en primer lugar, que el juez resaltó los esfuerzos hechos para la realización de las pruebas cuando anotó:

“(…) Yo quiero dejar constancia de algo, en la audiencia pasada el despacho hizo todos los intentos por practicar unas pruebas que estaban solicitadas en ese auto al que se refiere el señor agente del ministerio público, se mandaron, se libraron las comunicaciones respectivas varias veces, algunos no fue posible la localización, otros testigos, como se dejó constancia, los abogados no prestaron la colaboración para que vinieran esos testigos, entonces se había cerrado el debate probatorio, sin embargo, en aras de garantizar el derecho de defensa de la Sra. LEONOR ASTRID SALAMANCA, si hay alguna prueba pendiente por solicitar, practicar o aportar, ustedes en estos momentos el despacho lo escucha, que prueba tiene usted.(…)

Seguidamente la defensa manifestó:

“En este estado de la diligencia y haciendo de pronto una revisión más a fondo de la documentación que ya existe en el expediente encontramos que las pruebas que estaban pendientes por aportarse de manera documental, ya obran en el mismo, entonces, en este mismo acto que fueron relacionadas y referenciadas por la Sra. LEONOR ASTRID

SALAMANCA FLECHAS, pues consideramos que ha esta altura de la diligencia no hay de pronto ninguna prueba pues para que se practique más adelante, entonces esta defensa considera que no hay prueba por practicarse ya, teniendo en cuenta eso sí lo que su señoría nos aclara que el despacho hizo todos los esfuerzos para que se practicaran algunas pruebas y no fue posible.”.

A lo anterior el juez insistió si era necesaria la práctica de alguna prueba testimonial concediéndole la palabra al representante del Ministerio Público, a lo que éste contestó:

“No Sr. Juez, pues de veras que se procura siempre defender los derechos, pero pues ante la actitud de la defensa y el interés de culminar con este proceso, esta representación del Ministerio Público, que reitera, quería aprovechar el concurso, la colaboración de la hoy implicada para allegar esa prueba en una futura ocasión, pues desiste y desiste aun de la prueba que estima como sobreviviente, es decir, la declaración del Sr. Germán Humberto Niño.”

En el mismo sentido el representante de la Fiscalía aseveró:

“...considero que el Ministerio Público tenía la razón, cuando en Bogotá en su momento oportuno se han declarado unas pruebas, eso fue objeto de nulidad, el Juzgado ya insistió en las pruebas, practicó algunas documentales como dice la defensa y las otras ya de verdad que es imposible allegarlas, la defensa de doña LEONOR, es decir, considera suficiente las pruebas, luego no tengo ninguna objeción para las peticiones que han hecho las partes y la decisión que tomara su señoría.”.

Por lo tanto, el juez concluyó:

“...en atención a la manifestación que ha dado el señor agente especial del Ministerio Público, en el sentido de desistir expresamente de las pruebas incluso las sobrevivientes y en el mismo sentido la defensa, en el entendido, de que las pruebas que hacen falta ya se

encuentran arrimadas en el expediente y las restantes definitivamente no fue posible su práctica como ya quedó constancia en los audios de las sesiones pasadas, el suscrito con el mayor respeto informa que no tiene ningún recurso por interponer pero si solicita, de manera pronta se fije fecha y hora para la intervención de los sujetos procesales. (...)”

En estas condiciones, el reproche no será admitido.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Si bien el libelista postula la violación indirecta de la ley sustancial

debido a un error de hecho por falso raciocinio, el desarrollo que le imprime al cargo carece de la claridad y precisión para demostrar tal yerro y su incidencia en el fallo. Contrariamente, incurre en una mixtura al abordar indebidamente un falso juicio de existencia por omisión cuando señala algunas pruebas no tenidas en cuenta por el Tribunal, incumpliendo de esa forma la técnica casacional, como lo destaca el apoderado de la parte civil.

De manera general, cuando la discrepancia del casacionista versa en la actividad probatoria y la valoración por parte de los falladores, la vía de ataque legalmente adecuada es la indirecta, ya que a la infracción de la ley sustancial se llega de manera mediata, esto es, a través de la infracción directa de las normas que regulan el ámbito probatorio, sin embargo, en este caso, para pregonar que la enjuiciada no tenía discernidas las funciones que se le atribuyen en el fallo con las cuales se estableció su responsabilidad penal a título de coautora en el concurso delictivo de peculado por apropiación a favor de terceros, el defensor no explica adecuadamente el yerro fáctico que llevó al Tribunal a una tal conclusión al tan solo indicar que el mismo recayó en la inferencia lógica.

A este respecto, la Corte insiste en que el ataque casacional de la prueba circunstancial

dada su compleja construcción (se acude a un proceso lógico deductivo, a partir de una regla de la experiencia y la comprobación de un hecho indicador, para inferir la existencia de otro hecho), requiere claridad acerca del momento o paso en el cual recae.

Efectivamente, se ha de identificar si la equivocación judicial se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica, o en el proceso de valoración conjunta al apreciar la articulación, convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí, o entre éstos y las restantes pruebas.

Si el error radica en la apreciación del hecho indicador, como debe acreditarse con otro medio de prueba, se ha de establecer si se trata de un yerro de hecho o de derecho y con su modalidad (falso juicio de existencia, de identidad o raciocinio; o falso juicio de legalidad o de convicción, en uno y otro caso), pero si el yerro se ubica en el nexo inferencial, se ha de aceptar la validez del medio con el que se acredita el hecho indicador y demostrar que el juzgador en su apreciación se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, para seguidamente señalar en qué consiste y cuál es su operancia correcta, así como su trascendencia en la decisión impugnada.

Aquí el demandante, pese a criticar la inferencia lógica, se dedica a elucubrar acerca de pruebas desatendidas por el Tribunal como las relacionadas con las felicitaciones que recibió la procesada cuando fungía como gerente de una sucursal bancaria, o la carta de renuncia que presentó a tal cargo, sin dedicar espacio a explicar el desafuero o irracionalidad en el proceso intelectual del juzgador.

Si lo que pretendía era denunciar un error de hecho por falso juicio de existencia de un indicio o un conjunto de ellos, debió además de señalar el medio probatorio que servía para materializar el hecho indicador, destacar la validez de su aducción, su expresión fáctica y su adecuado valor suasorio, exponiendo el indicio que se estructuraría de conformidad

con las reglas de la experiencia, para ahí sí, poner de presente su articulación y convergencia con los otros indicios o medios de prueba, ejercicio que en manera alguna el defensor acometió.

En este orden, pretende deducir conclusiones ajenas a los fallos y anhela la modificación fáctica al resaltar que su asistida no tenía la obligación de revisar los documentos, ni tenía alguna injerencia en la aprobación de créditos y certificados de garantía con afectación del patrimonio autónomo y por ello no se le puede tener como coautora del comportamiento punible, sin embargo, resulta incontrastable que para la coautoría funcional el acuerdo del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización.

Ciertamente, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el hecho y para efectos de la coautoría lo decisivo es tener un dominio funcional del hecho, pues cada sujeto domina el acontecer total en cooperación con los demás, no tiene en sí mismo un dominio parcial, ni tampoco el dominio global, sino que éste se predica de todos, por eso de acuerdo con la definición prevista en el artículo 29 de la Ley 600 de 2000 “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

La Corte Suprema de Justicia acerca de ese típico³

ha enfatizado en la necesaria presencia de los siguientes elementos: i) un acuerdo o plan común; ii) división de funciones y iii) trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito, y precisamente tales elementos se advierten en la prédica de responsabilidad penal de la procesada en el ilícito atentatorio del bien jurídico de la administración pública, por cuanto desde la sucursal del banco de la carrera décima gerenciada por ella se abrieron múltiples cuentas aún con datos y documentos falsos y,

“sobre ellas y de empresas fachadas se expidieron cartas de aceptación bancaria, créditos ordinarios, cartas de crédito al exterior, avaladas por el patrimonio autónomo y la recomendación tanto de la gerente del banco, quien indicaba que eran clientes presentados por ella o por DARÍO MARÍA RESTREPO VILLA, lo mismo ocurría para la obtención de créditos ordinarios.

“Esa circunstancia fue determinante, pues se aprovechó la influencia que el Dr. RESTREPO VILLA, tenía dentro de las dos entidades con su doble calidad de miembro de las Juntas Directivas y accionista de la Fiduciaria del Estado, además era una persona reconocida por su desempeño anterior dentro de las esferas del gobierno y privadas, esto favorecía cualquier trámite que recomendara, se le daba trato preferencial, ya que su solvencia intelectual y moral mostrada anteriormente, hacía que sus acciones no causaran ninguna duda, ni sospecha, todo esto fue precisamente la base de su aporte para que las operaciones no tuvieran contratiempo y fueran aceptadas sin mayores objeciones dentro de las entidades.

“Lo mismo ocurría respecto de la Dra. LEONOR ASTRID SALAMANCA pues los unía una relación sentimental desde finales del 92, eran vistos siempre juntos, era frecuente que DARÍO RESTREPO estuviera desde muy temprano en la oficina de LEONOR ASTRID, casi siempre en compañía de DANILO MARÍN, LIBIA DÁVILA, MANUEL ARMANDO CABALLERO Y LUÍS FERNANDO RODRÍGUEZ, el grupo mantenía una relación estrecha, con una vida social activa; ello se deduce de la prueba testimonial allegada, pues eran constantes las reuniones en sitios muy exclusivos y elegantes”.

Así las cosas, el demandante sólo se limita a confrontar su criterio con el de los juzgadores pero sin demostración de algún yerro probatorio, desconociendo que, como suficientemente lo ha dicho la Sala, las discrepancias con las consideraciones judiciales no son por sí solas suficientes para invalidar el fallo, por cuanto amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad, corresponde al demandante desvirtuarlas, no mediante

una argumentación libre y propia de las instancias ordinarias, sino con sujeción a las técnicas establecidas para probar la existencia de yerros manifiestos y esenciales, con trascendencia en el sentido de la decisión.

Lo expuesto permite deducir que el recurrente no cumple con las exigencias legales dispuestas para que proceda la admisión de su libelo de casación.

Finalmente, la Sala no observa con ocasión del trámite procesal o en el fallo impugnado violación de derechos o garantías de LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS como para que se hiciera necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección en los términos del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de LEONOR ASTRID SALAMANCA FLECHAS, por las razones dadas en la anterior motivación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 También a ese diligenciamiento se acumuló otro expediente que se tramitaba en el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá en contra de Darío María Restrepo Villa.

2 Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación de 10 de febrero de 2010. Radicación 29755.

3 Entre otras, sentencia de casación de 21 de agosto de 2003. Rad. 19213.