

Proceso nº 31921

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 318.

Bogotá, D.C., siete de septiembre de dos mil once.

V I S T O S

Se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil (Santander), el 30 de enero de 2009, por medio de la cual revocó el fallo absolutorio emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, el 14 de octubre de 2008, para en su lugar condenar al procesado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA como autor penalmente responsable de la conducta punible de peculado por apropiación.

Impugnada oportunamente dicha decisión a través del extraordinario recurso por el defensor del sindicado GÓMEZ CASTAÑEDA, presentada la correspondiente demanda y concedida la casación, el libelo fue declarado ajustado a las prescripciones legales, mediante proveído del 2 de junio de 2009.

Como la agencia del Ministerio Público en cabeza de la señora Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal ha emitido su concepto, el cual fue recibido en esta Corporación el 23 de junio del año en curso, se apresta la Sala a resolver lo pertinente.

HECHOS

El martes 25 de marzo de 2003, el señor HÉCTOR MAURICIO GOMEZ CASTAÑEDA, quien por esa época ocupaba el cargo de almacenista del municipio de San Gil (Santander), dispuso de una motoniveladora marca Caterpillar que por varios años prestó servicios a la citada población, la cual se encontraba abandonada en las instalaciones del matadero municipal.

Al efecto, GÓMEZ CASTAÑEDA indicó que dadas las malas condiciones de funcionamiento en que se encontraba el aparato y su estado de deterioro, sumado a que no aparecía soportado documentalmente ni inventariado en el archivo municipal, se lo donó a Augusto Rangel Gamboa, un desprevenido comerciante que indagó por el bien, a cambio de que simplemente lo recogiera y limpiara el lote donde estaba estacionado.

Rangel Gamboa, por su parte, expidió documento certificando que el 26 de marzo siguiente retiró la máquina de la planta de sacrificio de San Gil, agregando que la misma fue “vendida como material chatarra”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Denunciados los hechos anteriores por el concejal Salomón Carreño Galvis, la Fiscalía 12 Seccional de San Gil (Santander) dispuso la práctica de investigación previa, el 12 de abril de 2004.

El 24 de agosto del mismo año, su homóloga Séptima ordenó la apertura de la instrucción y la vinculación de HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA, quien fue escuchado en diligencia de indagatoria el 2 de septiembre siguiente, en tanto que, su situación jurídica fue definida el 22 de septiembre de la referida anualidad, absteniéndose el ente instructor de aplicarle medida de aseguramiento.

Clausurada la fase sumarial el 9 de junio de 2005, la Fiscalía calificó su mérito el 16 de agosto posterior, profiriendo resolución de acusación en contra de HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA, como presunto autor del delito de peculado por apropiación.

Apelado el pliego acusatorio por la defensa, la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal Superior de San Gil lo confirmó, en decisión de segunda instancia del 17 de enero de 2007.

El conocimiento de la causa fue asumido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de ese municipio, despacho que luego de realizar las audiencias públicas de preparación -el 28 de febrero de 2007- y juzgamiento -el 5 de agosto de 2008-, dictó sentencia el 14 de octubre siguiente, absolviendo al acusado GÓMEZ CASTAÑEDA del cargo formulado.

Impugnado el fallo por el representante del ente acusador, la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil lo revocó, mediante providencia del 30 de enero de 2009.

En su lugar, condenó a GÓMEZ CASTAÑEDA por el ilícito contenido en la resolución acusatoria, imponiéndole, por consiguiente, las penas principales de 48 meses de prisión, multa por el valor de \$8'000.000.00, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Asimismo, le negó el beneficio sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió el de prisión domiciliaria.

En contra de la sentencia del Tribunal, el defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda que, como se anotó anteriormente, la Sala admitió mediante auto del 2 de junio de 2009, razón por la cual remitió el expediente a la Procuraduría General de la Nación para la emisión del concepto de rigor, el que se recibió en el despacho el 23 de junio de 2011.

RESUMEN LA DEMANDA

Con fundamento en el numeral 1° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, dos cargos postula el defensor de HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA en contra de la sentencia del Tribunal, los cuales desarrolla de la siguiente manera:

1. Cargo primero (principal): violación indirecta.

Lo formula diciendo que el juzgador violó indirectamente la ley sustancial, al incurrir en errores de hecho en la apreciación probatoria que condujeron a aplicar indebidamente el artículo 397 del Código Penal, y a inaplicar los artículos 7° y 232 de la Ley 600 de 2000.

En orden a fundamentar su censura, el casacionista anticipa que el yerro del Ad quem lo llevó a una concepción equivocada de los hechos que le sirvieron de sustento para emitir el fallo condenatorio, lo cual vicia de ilegalidad su pronunciamiento, en el que dio por acreditada la prueba plena sobre los elementos que configuran el delito de peculado por apropiación -los cuales enuncia-, desconociendo que no se podía predicar certeza respecto a la calidad del objeto material ni, por consiguiente, de la relación funcional entre el cargo desempleado, sus funciones y la apropiación efectuada.

Agrega que se vulneró el principio del In Dubio Pro Reo, garantía sobre la que diserta a continuación, precisando que respecto a su postulación casacional, en este evento el fallador ignoró la existencia razonable y manifiesta de la duda evidenciada de las pruebas, “todo lo cual ocurrió por no haber valorado algunas de las mismas o porque valoró otras, pero tergiversando su contenido”.

De la anterior forma, el demandante precisa los siguientes errores de hecho:

1.1. Falso juicio de identidad.

Luego de explicar en qué consiste el error de hecho invocado, el memorialista señala que el mismo se presenta en el examen de los testimonios de Salomón Carreño Galvis, Pedro Nel Rodríguez, Edgar Paredes Gutiérrez, Gregorio Muñoz Velandia y Bernardo Gómez Silva, a partir de los cuales el fallador, invocando la libertad probatoria regulada en el artículo 237 del C.P.P., concluyó en grado de certeza que la motoniveladora donada por el sindicato era de propiedad del municipio de San Gil.

Lo anterior, añade, es ajeno a la realidad, por cuanto ello no se desprende de las citadas declaraciones; en efecto, el primero indica que la máquina fue traída a la población por Néstor Ruiz cuando ocupaba un cargo importante en el departamento; el segundo dice conocer la existencia del tractor color amarillo de propiedad del municipio de San Gil, desde la administración de Rafael Medina; el tercero indica que observó el aparato trabajando en vías veredales; el cuarto fue operario de dicho vehículo, pero en su precaria testificación no lo describe ni alude a la propiedad; y, el último, quien fue alcalde de esa ciudad, respecto del bien asevera que se “decía que era del municipio”.

Pero, estima el impugnante, de ellas no puede inferirse que se trate de la misma motoniveladora abandonada en los predios del matadero municipal, por lo que sostener lo contrario, así como que no hay duda acerca de la titularidad en cabeza de la administración de San Gil, tal cual lo hace el Tribunal, implica tergiversar y alterar su contenido, es decir, estructura el falso juicio de identidad denunciado.

1.2. Falso juicio de existencia.

Tras explicar cuándo se estructura el error de hecho por falso juicio de existencia, el recurrente especifica que en este caso se presentó bajo dos de sus modalidades, “obviamente, respecto de medios de prueba distintos”, a saber:

1.2.1. Por supresión de medios de prueba.

Manifiesta que el Ad quem no hizo manifestaciones o valoraciones acerca de varias probanzas, “pese a su importancia”, que de haber analizado, lo habrían determinado a emitir una sentencia en sentido contrario a la dictada.

Esos elementos de juicio no apreciados, especifica el censor, los constituyen los testimonios de Álvaro Silva Alarcón, Sandra Milena Bayona Delgado, Augusto Rangel Gamboa, Rafael Arturo Muller Gómez, Ciro Alfonso Oliveros Patiño y Néstor Gómez Ruiz, y documentos tales como la Resolución 3067 del CAS, oficios de la Secretaría General del Departamento y de Control Interno del Municipio de San Gil, y certificaciones expedidas por la contadora municipal y el director general del archivo de esa ciudad.

De la citada prueba testimonial trae a colación algunos fragmentos, en los que se destaca que la motoniveladora donada constituía un objeto abandonado, desmantelado, inservible, sin arreglo, totalmente chatarra, contaminador visual y sin uso diferente al de hacer las veces de orinal.

Entre dichos declarantes, el libelista enfatiza en Néstor Ruiz Gómez, por haber sido la persona que gestionó la obtención del vehículo y depuso que cuando fue donada, “venía con un hover cero obras (horas) de trabajo, eso quiere decir que viene para mínimo cinco mil horas de trabajo, además los juegos de llantas era nuevo (sic), la máquina salió en buenas condiciones”. Ello, señala más adelante, permite afirmar que no es la misma de la que dispuso el sindicato, la cual data de 1937 y es de marca diferente.

Lo anterior, opina, se encuentra corroborado con el descrito aporte documental, en el que también se establece que no se encontró documento alguno acreditando la propiedad del municipio de San Gil sobre el bien, así como que tampoco hay registro de su donación, ni aparece en los inventarios de la Alcaldía Municipal.

Del conjunto probatorio referido, el actor concluye que no hay certeza acerca de la

propiedad de la motoniveladora, pues, no existe prueba de su titularidad en cabeza del ente territorial o de alguno otro de derecho público, lo cual sería determinante para predicar el peculado por apropiación.

Asimismo, tampoco la hay concerniente a que el aparato donado por su prohijado sea el mismo remitido por el departamento, al cual aluden los testimonios tenidos en cuenta por el Tribunal, quienes apenas acatan decir que existía una máquina que se utilizaba para trabajos veredales.

1.2.2. Por suposición de medio de prueba.

Dicho yerro lo predica el defensor respecto de la inferencia que hace el fallador para edificar la condena en contra de GÓMEZ CASTAÑEDA, estructurando un indicio que permite acreditar la calidad del objeto material del delito.

Le critica, en concreto, que haya inferido que está probada la propiedad del aparato en cabeza del municipio de San Gil, a partir de tergiversar unas pruebas y omitir valorar otras -todas las enunciadas en los anteriores apartados-, cuyo estudio conjunto habría inexorablemente llevado a la conclusión de que no existe prueba del hecho indicador, esto es, que ese ente territorial hubiere actuado como señor y dueño de la motoniveladora que luego donó su representado.

Estima el casacionista, entonces, que si el indicio no tiene asidero, no puede predicarse responsabilidad alguna en el ilícito de peculado por apropiación; por ello, agrega, se aplicó indebidamente el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, “en virtud de ese yerro fáctico que se originó con la falsa apreciación de la prueba indiciaria, la cual, simplemente, se supuso, pero no se acreditó en grado de certeza sus premisas”.

1.2.3. El error de hecho denunciado, concluye el demandante en el siguiente acápite, le

impidió al Tribunal reconocer la existencia de duda razonable acerca de la titularidad del dominio sobre la motoniveladora, es decir, en torno a la configuración de los elementos de la conducta punible de peculado por apropiación, referidos a la calidad del objeto material y la relación funcional.

La condena, por lo tanto, obedece a un error de hecho que impidió al juzgador reconocer el *In Dubio Pro Reo*.

2. Cargo segundo (subsidiario): falso juicio de existencia por supresión de pruebas.

Como punto de partida, el memorialista cuestiona que el fallador haya tomado como hecho probado “el dolo de pecular” del procesado, no valorando una serie de pruebas indicativas de que el acto de donación imputado, “obedeció a la convicción que éste tenía de que la moto niveladora no era del municipio de San Gil y que su proceder no conculcaba ni ponía en riesgo el bien jurídico de la administración pública”.

Para sustentar sus asertos, refiere que los medios de convicción pretermitidos por el juzgador son los indicados en la postulación del falso juicio de existencia por supresión¹, cuya argumentación vuelve a traer a colación.

Luego, añade el impugnante que esos elementos de juicio son coincidentes con las explicaciones dadas por el propio GÓMEZ CASTAÑEDA en su indagatoria, diligencia de la que trasunta algunos apartados, con el fin de sostener que su defendido siempre actuó con la creencia de que estaba donando una chatarra y no una obsoleta motoniveladora, que además no pertenecía al municipio de San Gil.

Siempre creyó, entonces, que no entregaba un bien estatal, lo que permite concluir que actuó con la convicción errada e invencible de que no concurría uno de los elementos de la descripción típica –el atinente a la calidad del objeto material-, es decir, que incurrió en un error de tipo, consagrado como causal excluyente de responsabilidad en el numeral 10°

del artículo 32 del Código Penal.

De ese modo, aduce el recurrente, se aplicó indebidamente el artículo 397 de esa codificación, imponiéndose una condena por peculado por apropiación a pesar de mediar un error de tipo “o, en el peor de los eventos”, de considerarse que dicho error era vencible, la misma debió ser por el ilícito de peculado culposo, con lo cual la penalidad habría sido mas beneficiosa, comportando la posibilidad de acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Claro está, insiste en que en este evento no hay duda de que el error fue invencible y que el actuar de su defendido se limitó a librarse de una auténtica chatarra causante de problemas estéticos y ambientales, sin que con ello estuviera lesionando el patrimonio del ente territorial.

3. Acorde con lo expuesto, el censor solicita que se case el fallo impugnado, absolviendo a su representado, de acogerse lo planteado en el cargo primero, o reconociendo la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad, de aceptarse lo formulado en la censura subsidiaria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, luego de referir los hechos, destacar la actuación procesal relevante y resumir los planteamientos del actor, se refiere a la primera de las censuras, empezando por disertar ampliamente sobre cómo postular en casación la presencia de un error de hecho por falso juicio de identidad.

Seguidamente, identifica los elementos de juicio testificales sobre los cuales se predica el yerro en comento, trae a colación lo que ellos establecen acerca del tópico debatido y consigna su propia conclusión, en el sentido de que cada una de las declaraciones permite establecer que al servicio de la administración existió una motoniveladora Caterpillar

color amarillo, que se utilizaba para el mantenimiento de las vías rurales, tal y como lo afirmó el Tribunal.

En ese orden de ideas, considera que cuando el fallador concluyó que esa máquina pertenecía al ente territorial, hizo una deducción lógica que no puede tildarse de falso juicio de identidad, pues, si bien los testigos no lo aseveran directamente, el sistema de valoración de la sana crítica permite colegir que si prestó durante un importante lapso sus servicios a la administración y el mantenimiento corrió por su cuenta, entonces le pertenecía al municipio, el cual ejercía actos de señor y dueño sobre ella.

De la anterior forma, agrega la representante del Ministerio Público, se descarta la desfiguración de la prueba y se evidencia que el malestar del actor radica en la inferencia lógica hecha por el juzgador acerca de la titularidad sobre el bien, por manera que si lo querido por él era atacar la prueba indiciaria propiamente dicha, debió acatar los rigores de fundamentación casacional que sobre el particular ha decantado la Corte en diferentes pronunciamientos, uno de los cuales transcribe en lo pertinente.

Insiste, entonces, en que era razonable que el Ad quem determinara que la motoniveladora era de propiedad del municipio de San Gil, así no hubiese prueba documental que lo soportara; por ello, como en el fallo censurado, del cual trasunta lo correspondiente a ese análisis, no se incurrió en el error de hecho invocado por el libelista, el cargo no está llamado a prosperar.

Con relación al error de hecho por falso juicio de existencia formulado por el defensor, la Procuradora delegada enuncia los elementos de juicio que se estiman omitidos y cita precedente de la Sala acerca de su postulación en casación, para afirmar que respecto de varios de ellos debió dirigirse la censura por la vía del falso juicio de identidad por cercenamiento.

Al margen de ese defecto técnico, la memorialista considera que si bien en el

proveído demandado no se alude expresamente al abandono de la motoniveladora, es claro que no se otorgó credibilidad a los testimonios que así lo declaran, siendo claro que el impugnante no desvirtuó que la máquina estuvo al servicio del municipio de San Gil para reparar vías rurales en por lo menos tres administraciones, y que incluso al ser considerada inservible, estuvo parqueada por su cuenta en predios e instalaciones del ente territorial.

Añade que los medios de convicción cuya valoración echa de menos el recurrente, estuvieron encaminados a demostrar la ausencia de títulos demostrativos de la propiedad y que si bien el Ad quem no se refirió de manera concreta a cada una de ellos, sí se pronunció sobre el tema de prueba, alusivo a la incertidumbre acerca de la procedencia del bien y la ausencia de registros sobre su pertenencia.

Así, tras transcribir la parte pertinente de la sentencia, sostiene que no hubo la tal omisión probatoria y que, contrariamente, hubo un estudio conjunto que sirvió de sustento a la decisión recurrida y deja a salvo el hecho de que el aparato era un bien oficial, cuya administración, tenencia, y custodia correspondía al procesado, por motivo de sus funciones como almacenista. Por tales razones, este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

A igual conclusión arribó con relación al reproche fundado en un falso juicio de existencia por suposición probatoria, referido al indicio construido por el Tribunal en torno a que la motoniveladora donada por el sindicato, era de propiedad de la alcaldía de San Gil.

Al efecto, vuelve a citar precedente de la Sala acerca del ataque casacional de la prueba indiciaria y al advertir que la fundamentación del reproche es idéntica a la plasmada en los cargos anteriores que estimó infundados, reitera el resumen probatorio que consignó al momento de abordarlos, para luego concluir nuevamente que contrario a lo

planteado por el censor, sí existe prueba demostrativa del hecho indicador, esto es, que la máquina pertenecía al municipio de San Gil, el cual se benefició de ella y ejerció actos de señor y dueño, a pesar de la ausencia de documentos que así lo certificaran.

Por último, sin hacer pronunciamiento alguno acerca del cargo subsidiario², la Procuradora solicita que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Alega el defensor que en este caso se violó indirectamente la ley sustancial, en tanto que, se desconocieron las reglas de apreciación de las pruebas sobre las que se fundó la sentencia condenatoria.

En concreto, aduce que el Tribunal incurrió en varios errores de hecho generados en falsos juicios de identidad y existencia, los cuales lo llevaron a tener como demostrada la responsabilidad penal del sindicado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA en el delito de peculado por apropiación, tergiversando varios medios suasorios y omitiendo analizar otros que de haber tenido en cuenta, habrían tenido la virtualidad de dejar sin piso el mérito probatorio de la decisión en tal sentido, para en su lugar disponer la absolución del acusado.

En términos generales, el casacionista asevera que en este evento, el fallo de condena se fundamentó en una premisa probatoria equivocada, al tenerse por demostrado que la máquina motoniveladora de la que dispuso su representado, era de propiedad del municipio de San Gil.

De esa forma, precisa, se consideraron configurados, sin estarlo, los elementos estructurales de la conducta punible de peculado por apropiación, en especial los referidos

a la calidad del objeto material y la relación funcional. De ahí que la condena impuesta a su defendido es consecuencia de errores de hecho, que le impidieron al juzgador reconocer la presencia de la duda y aplicar el principio del In Dubio pro Reo.

Insiste, entonces, en que el aspecto concerniente a la titularidad sobre el bien no se acreditó en el proceso y que si el juzgador no hubiese distorsionado el contenido de algunos elementos de juicio, ni hubiese omitido estudiar otros, habría llegado a la conclusión de que no hay prueba sobre el particular. Por ello, esencialmente, la totalidad de los cargos aluden al mismo tópico, enfilándose el ataque por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, mediante el planteamiento de yerros de hecho que surgen por los falsos juicios de identidad y existencia.

Es así como el demandante postula, en el primer cargo, un falso juicio de identidad respecto a la forma como fueron valoradas las declaraciones de Salomón Carreño Galvis, Pedro Nel Rodríguez, Edgar Paredes Gutiérrez, Gregorio Muñoz Velandia y Bernardo Gómez Silva, y dos falsos juicios de existencia, por supresión y suposición, que plantea respecto de los mismos elementos de convicción, a saber, las testificaciones de Álvaro Silva Alarcón, Sandra Milena Bayona Delgado, Augusto Rangel Gamboa, Rafael Arturo Muller Gómez, Ciro Alfonso Oliveros Patiño y Néstor Gómez Ruiz, y documentos tales como la Resolución 3067 del CAS, oficios de la Secretaría General del Departamento y de Control Interno del Municipio de San Gil, y certificaciones expedidas por la contadora municipal y el director general del archivo de esa ciudad.

Ya en un cargo subsidiario, formula otro error de hecho por falso juicio de existencia respecto de los mismos aportes testificales y documentales, esta vez para sostener, apoyado en lo manifestado en la indagatoria, que el procesado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA incurrió en un error de tipo excluyente de responsabilidad, habida cuenta que donó el aparato creyendo que era chatarra y sin saber que pertenecía al ente territorial.

Así las cosas, con el objeto de facilitar la comprensión del asunto y darle un orden lógico al discurso, en la contestación de las censuras la Sala aplicará la siguiente metodología: partirá reseñando lo que su jurisprudencia ha señalado, de manera general, acerca de la estructuración del ilícito de peculado por apropiación, para luego abordar el caso concreto, respondiendo primero el reproche alusivo al falso juicio de identidad y, por último, los reparos atinentes a los falsos juicios de existencia.

Se aclara sí, que la previa admisión de la demanda implica dejar de lado las falencias formales evidenciadas en ella, para decidir de fondo acerca del cargo propuesto, pues, no viene al caso que la Sala se pronuncie acerca del cumplimiento o no de los requisitos de lógica y debida argumentación por parte del recurrente, dado que, a esta altura adquirió el derecho a que se le analicen de fondo los problemas jurídicos traídos a colación en el escrito correspondiente, en armonía con los fines de la casación de garantizar la efectividad del derecho material, respetar las garantías mínimas de las personas que intervienen en la actuación, buscar la reparación de los agravios inferidos a los sujetos procesales y unificar la jurisprudencia, tal como lo establece el artículo 206 de la Ley 600 de 2000, vigente para el momento de los hechos.

2. El delito de peculado por apropiación.

El impugnante asevera que en el presente evento no se estructuró la conducta punible de peculado por apropiación, pues, no se acreditó que la motoniveladora “donada” por su prohijado fuera de propiedad del municipio de San Gil, con lo cual quedan desvirtuados los elementos relacionados con la calidad del objeto material del ilícito y la relación funcional.

Pues bien, el artículo 397 del Código Penal tipifica el delito en comento, sancionando al “servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes

o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”.

En la sentencia del 14 de noviembre de 2007 (Radicado N° 23.958), la Sala reiteró que el delito de peculado por apropiación requiere, como categoría dogmática que es, reunir los siguientes presupuestos:

“i) El bien jurídico tutelado por el legislador es la administración pública.

ii) El agente es calificado al determinarse que siempre lo será aquel que ostente la calidad de servidor público.

iii) Se consuma por la apropiación ilegal de bienes del Estado que se le han dejado en administración, tenencia o custodia al servidor público.

iv) La administración, tenencia o custodia puede ser material o jurídica y estar unida al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones. Por tanto, la relación entre el funcionario (sujeto activo) y los bienes oficiales no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté atada al ejercicio de un deber funcional; “forzoso es concluir que ese vínculo surge entre el juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida que con este proceder también está administrándolos”³.

v) El servidor público recepta⁴ en forma lícita y legal un determinado bien a fin de entregarlo o destinarlo; sin embargo, resuelve apropiarse de él.

vi) Deberá militar una conexión entre la disponibilidad de los bienes públicos con el concepto de autor, en el entendido que cuando la ejecución de actos antijurídicos contra la administración pública requieran un despliegue múltiple de comportamientos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es requisito esencial, exclusivo o

determinante que el agente, servidor publico o funcionario vinculado con la administración, realice todas las acciones que supone la consumación del reato⁵".

Acorde con lo anterior, para la configuración del aludido tipo penal es necesario que concurren, la calidad de servidor público y la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que el servidor desempeña y, finalmente, el acto de apropiación bien sea en favor propio o de un tercero, con la intención de no devolver los bienes sobre los cuales recae la acción ilícita, que por lo mismo lesiona el bien jurídico de la administración pública en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

En este asunto, vale aclarar, no es objeto de discusión que el procesado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA ostentaba la calidad de servidor público para la época de los hechos, dado que, desempeñaba el cargo de almacenista al servicio de la administración municipal de San Gil. Tampoco lo es, que en efecto realizó el acto de disposición sobre la motoniveladora, en favor de un tercero.

Se discute sí, la existencia de una relación funcional entre el sindicado, como servidor público, y la administración de la máquina, con el argumento que no hay prueba de que el bien pertenezca al municipio de San Gil, motivo por el cual podía disponer libremente de ella.

El ingrediente normativo de la relación funcional, entonces, que en los delitos de peculado se refiere a la apropiación de bienes por parte del sujeto activo de la conducta "cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones", según lo establece los artículo 397 del Código Penal, comprende tanto una disponibilidad jurídica como una material, en el entendido de que es suficiente con que esté vinculada a un deber funcional⁶.

Y en lo que atañe a ese deber funcional, en reiteradas ocasiones la Sala7 ha sostenido que:

“3.1.1. La conducta punible señalada tanto en el artículo 133 del Código Penal anterior como en el artículo 397 de la ley 599 de 2000 se refiere a la apropiación realizada por todo servidor público, a favor suyo o de un tercero, de bienes del Estado, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes de particulares, siempre y cuando la administración, tenencia o custodia de los mismos se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

En otras palabras, para la realización de este delito, no basta que un servidor público, o que una persona que ejerza funciones como tal, se apropie de los bienes referidos en la norma, sino que además debe haber tenido, en razón de la calidad especial del sujeto activo, una relación funcional con el objeto material de la acción.

Al respecto, la Sala ha sostenido de tiempo atrás que tal ingrediente normativo no se configura de manera necesaria de las específicas funciones previstas en una ley, resolución, manual o reglamento, sino que también se deriva cuando la disponibilidad del bien ha surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al sujeto agente dentro de una situación determinada.

Lo anterior, por ejemplo, se presenta cuando el servidor público ya no tiene competencia para la posesión material de la cosa, pero ésta sigue guardando relación con sus obligaciones, de suerte que “esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien, sino un vínculo en que está comprometida la administración pública, en tal forma que, cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia, aquella sufre, no solamente en su prestigio y dignidad, sino en su poder de disposición”8.

Es decir, la facultad de tener, administrar o custodiar el objeto de apropiación puede ser

tanto jurídica como material, pero siempre ligada al ejercicio de los deberes funcionales del servidor”.

De lo anterior se concluye, que no es estrictamente cierto que deba acreditarse que el bien objeto del delito de peculado por apropiación pertenezca al Estado, sino simplemente que sobre el mismo, el servidor público a quien se le imputa tal comportamiento haya ejercido actos de administración, tenencia o custodia, que se le confiaron por razón o con ocasión de sus funciones, es decir, que haya tenido su disponibilidad jurídica y material, en el entendido que es suficiente con que esté vinculada a un deber funcional.

Por ello, si se tratase de ejemplificar, es posible condenar por la ilicitud en trato a funcionarios judiciales que se apropian de medios de comisión del delito o del producto del mismo, apenas recibidos a título precario por el servidor público quien, al efecto, solo ejerce custodia temporal, sin que pueda decirse que el bien pertenezca o necesariamente vaya a pertenecer al Estado.

Lo importante, se repite, es que ese bien sea objeto de administración, tenencia o custodia en atención al cargo o funciones de la persona, precisamente porque lo protegido por el tipo penal no es el patrimonio público, sino la moralidad, transparencia, rectitud y eficiencia en el desempeño de la labor pública.

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a abordar el análisis del caso concreto, respondiendo, por tanto, a las censuras propuestas por el censor.

3. Del error de hecho por falso juicio de identidad.

El cargo primero lo divide el actor en dos apartados, en el primero de los cuales acusa al Tribunal de haber incurrido en un error de hecho por falso juicio identidad al momento de valorar los testimonios de Salomón Carreño Galvis, Pedro Nel Rodríguez, Edgar

Paredes Gutiérrez, Gregorio Muñoz Velandia y Bernardo Gómez Silva.

En concreto, cuestiona la defensa que el fallador, invocando la libertad probatoria, haya concluido en grado de certeza que la motoniveladora donada por el sindicato era de propiedad del municipio de San Gil, lo cual no corresponde a la verdad, puesto que de tales deponencias no puede inferirse que se trate de la misma máquina abandonada en los predios del matadero municipal, ni mucho menos que la administración de San Gil sea su propietaria. De ellas se desprende, a lo sumo, la existencia de un tractor amarillo al servicio de la entidad territorial por varios años y su utilización en zonas veredales, sin que pueda decirse que se trate del mismo donado por el sindicato.

Todo indica, entonces, que la inconformidad con la sentencia del Tribunal, remite a la discrepancia con la apreciación de las citadas declaraciones, que llevó a determinar la condena para el sindicato HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA en la conducta punible de peculado por apropiación, cuestionando que a partir de ellas se haya inferido la titularidad de un bien de carácter público.

De ser así -y en ello coincidimos con el planteamiento de la Procuradora delegada-, debió haber encausado la censura por conducto del error de hecho por falso raciocinio, en cuyo caso era necesario explicarle a la Sala, por qué considera que el juzgador se apartó de las reglas de la sana crítica, dado el desconocimiento de las leyes científicas, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia.

Recurrir al error de hecho por falso juicio de identidad obligaba un análisis diferente, en el que determinase cuál es el apartado testifical tergiversado, cercenado o adicionado por el Tribunal, no limitándose a anteponer sus propias conclusiones, en típico alegato libre que pasó por alto certificar cuál es el ostensible yerro del Ad quem, habida cuenta que ni siquiera postula adecuadamente si este proviene de tergiversar, cercenar o adicionar el contenido de la prueba testimonial, desde luego,

abordando uno por uno los medios probatorios, para ver de significar cuál en concreto fue el apartado agregado, cercenado o tergiversado. Ya luego de esta tarea era menester definir, con un nuevo análisis del acervo probatorio en su conjunto, cómo los yerros tuvieron tal trascendencia que la decisión, corregidos ellos, habría de mutar favorable para el acusado⁹.

Sin embargo, advertido como quedó que se hará caso omiso a las deficiencias de fundamentación, toda vez que se debe resolver de fondo el asunto, la Corte examinará el contenido de las testificaciones de Salomón Carreño Galvis, Pedro Nel Rodríguez, Edgar Paredes Gutiérrez, Gregorio Muñoz Velandia y Bernardo Gómez Silva, con el fin de verificar si a partir de ellas pueden sustentarse las conclusiones a que arribó el fallador de segunda instancia.

En efecto, en memorial fechado el 24 de febrero de 2004, el concejal Salomón Carreño Galvis presentó denuncia penal, la cual ratificó el 14 de julio del mismo año, indicando que había tenido conocimiento de varias irregularidades ocurridas en el Almacén Municipal de San Gil, entre ellas la disposición por parte de GÓMEZ CASTAÑEDA de una motoniveladora que había sido gestionada por Néstor Ruiz, con la que “arreglabamos (sic) las vías de todas las 32 veredas de nuestro municipio”, durante varias administraciones. Agregó que cuando el almacenista fue confrontado sobre el particular, nervioso respondió que la había donado a un colegio, lo cual resultó ser falso¹⁰.

Los también ediles Edgar Paredes Gutiérrez y Pedro Nel Rodríguez Ramírez, ratificaron en sus declaraciones del 19 de julio de 2004 y 8 de marzo de 2005, respectivamente, que el aparato en comento fue utilizado por varias administraciones municipales, destacando, el primero, que “estaba en buen estado, porque la ví trabajando” y, el segundo, que siempre estuvo en funcionamiento, si bien los últimos dos años “no estaba en buen estado”¹¹.

A su turno, Gregorio Muñoz Velandia, cuyo testimonio fue recepcionado el 28 de julio de 2004, dijo haber sido el operario de la citada motoniveladora alrededor de un año y medio, durante varios mandatos. Sobre su estado, señaló que era bueno “porque yo la cuidé muy bien y debo decir que directamente yo le hacía los arreglos pertinentes, la mantenía con buen aceite y el mantenimiento adecuado”, añadiendo que la entregó en óptimas condiciones y no le constaba que fuera chatarra¹².

Por último, Bernardo Gómez Silva, ex alcalde de San Gil, expuso el 8 de marzo de 2005 que durante su administración, entre los años 1992 y 1994, tuvo a su cargo la motoniveladora caterpillar amarilla, la cual hizo reparar y utilizó en el arreglo de los caminos veredales. Aseveró, también, que desconocía como llegó a la población, pues, nunca revisó documentación; simplemente “decían que era del municipio y se necesitaba se le hizo mantenimiento y se puso a trabajar y estaba en buenas condiciones cuando yo dejé la administración”¹³.

Ahora bien, el análisis que hizo el Tribunal de San Gil respecto de los citados testimonios, fue del siguiente tenor:

“El expediente contiene diversos testimonios que son indicativos que el elemento objeto de apropiación por parte del procesado realmente pertenecía al municipio de San Gil y por lo tanto era utilizado para trabajos en las vías veredales del mismo, e igualmente fue reparado cuando se requirió con el fin de que siguiera prestando sus servicios.

Dan fe de ello el denunciante Salomón Carreño Galvis, Pedro Nel Rodríguez exconcejales de San Gil y Edgar Paredes Gutiérrez, quienes manifestaron que el aparato era del municipio y con el se arreglaban los caminos de sus treinta y dos veredas. Señalaron los testigos que indagado sobre el destino de la maquinaria, el almacenista no pudo dar una explicación satisfactoria, e inclusive incurrió en contradicciones como quiera que en

un principio dijo que la había donado a un colegio de la ciudad de Bucaramanga, lo que la postre fue desvirtuado. Así mismo, el primero aseveró que no existe ningún tipo de constancia sobre proceso alguno para dar de baja el aparato.

De especial importancia resulta la versión de Gregorio Muñoz Velandia, operario de la máquina durante tres administraciones anteriores de San Gil, quien manifestó que le hacía los mantenimientos necesarios y la entregó en buen estado.

Por su parte Bernardo Gómez Silva, ex Alcalde del Municipio, manifestó que al iniciar su administración la maquinaria pesada ya se encontraba a su disposición, y aunque acepta que nunca vio documento alguno acerca de la propiedad de aquella, refiere que era de conocimiento general que se trataba de un bien estatal, por lo cual la utilizó para el arreglo de los caminos veredales y cuando fue requerido ordenó hacerle los mantenimientos pertinentes. Agrega que al culminar su mandato la entregó en buenas condiciones.

4. Estas pruebas permiten establecer un hecho irrefutable y es que al servicio de la administración del municipio de San Gil había una motoniveladora, que era utilizada principalmente en el arreglo de las vías de las zonas veredales.

4.1. A pesar que no se logró establecer su procedencia con absoluta claridad, es decir, cómo fue adquirida, se sabía su calidad de bien oficial, toda vez que siempre fue la administración la que tuvo su manejo, tenencia, custodia, y es incontrovertible el hecho que el municipio la empleó durante un tiempo bastante considerable, al menos durante 3 administraciones; y aún al ser considerada inservible, siempre estuvo parqueada en predios e instalaciones de la administración, o en otros por cuenta suya.

Esto, sumado al hecho que ninguna persona que se considerara con mejor derecho sobre el artefacto presentó algún tipo de reclamo o acción para recuperarlo, permite colegir que pertenecía al municipio de San Gil, y que la ausencia de los documentos que así

lo acreditaran, de pronto por descuido de los funcionarios de turno, no es óbice para arribar a una tal conclusión”.

Como puede apreciarse, las conclusiones del Ad quem no fueron infundadas ni el resultado de haber tergiversado la prueba testifical en comento, como ligeramente lo denuncia el casacionista.

Por el contrario, corresponden a una deducción lógica, pues, de las declaraciones reseñadas se desprende claramente que durante un lapso considerable, al servicio de varias administraciones municipales de San Gil estuvo una motoniveladora marca caterpillar, color amarillo, la cual era utilizada para la reparación y el cuidado de los caminos veredales.

Conscientes de ello, los diferentes funcionarios municipales que por una u otra razón tenían contacto con el aparato, como los alcaldes de turno o sus operarios, se encargaban de hacerle las inversiones y mantenimiento necesarios para garantizar su óptimo funcionamiento.

Entonces, que no se haya encontrado un documento de propiedad registrando la titularidad en cabeza del municipio de San Gil sobre el bien, o que durante los últimos años no se haya utilizado por presentar deterioro, no desdice de su pertenencia al ente territorial, entre otras cosas porque durante ese último tiempo que estuvo parqueado por inservible, siempre permaneció en dependencias asociadas a la alcaldía municipal, como son la empresa de acueducto ACUASAN, la Terminal de Transporte y el Matadero Municipal.

Y, desde luego, siempre fue el almacenista municipal, el sindicado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA, conforme se desprende del recaudo probatorio, la persona encargada de gestionar el traslado de uno a otro lugar, de acuerdo con las funciones que legalmente debía cumplir.

Adicionalmente, recuérdese que de acuerdo a lo consignado en el acápite anterior, no es estrictamente cierto que deba acreditarse que el bien objeto del delito de peculado por apropiación pertenezca al Estado, en este caso al municipio de San Gil, sino simplemente que sobre el mismo, el servidor público a quien se le imputa tal comportamiento haya ejercido actos de administración, tenencia o custodia, que se le confiaron por razón o con ocasión de sus funciones, es decir, que haya tenido su disponibilidad jurídica y material, en el entendido que es suficiente con que esté vinculada a un deber funcional.

Aquí se acreditó, igualmente, que GÓMEZ CASTAÑEDA ejercía actos de administración, tenencia o custodia sobre la motoniveladora, en atención al cargo o funciones desempeñadas como almacenista municipal, al punto tal que fue él quien decidió deshacerse de ella.

Así las cosas, vuelve a decirse, se trata de una deducción lógica la del juzgador de segundo grado, así los testigos mencionados no hayan aludido directamente a que la máquina pertenecía al municipio de San Gil.

Contrario, entonces, a lo afirmado por el demandante, no se necesita de un soporte documental para certificar esa circunstancia, pues, ello equivaldría a establecer una especie de tarifa probatoria, con total desconocimiento de que en nuestro sistema procesal penal rige la libertad probatoria, a la cual apeló el Tribunal y sobre la que, precisamente, enfila una de sus críticas el defensor.

Dicho principio está consagrado en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, el cual establece que “Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba

especial, respetando siempre los derechos fundamentales”.

Ello quiere significar, se repite, que dentro de nuestro sistema legal opera el principio de libertad probatoria, por oposición al de tarifa legal, motivo por el cual, en la generalidad de los casos, un hecho o circunstancia trascendente para el proceso puede demostrarse por varias vías, sin que se constituya en camisa de fuerza alguna en particular, aunque, desde luego, dependiendo del objeto concreto, unos medios pueden ser más efectivos que otros.

En la Sentencia del 27 de marzo de 2009 (Radicado N° 31.103), la Corte realizó un amplio análisis sobre la figura, consignando:

“2. LIBERTAD PROBATORIA

No se discute ahora que en Colombia prima desde antaño, por contraposición a la llamada “tarifa legal”, el principio de libertad probatoria, por cuya consecuencia, como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios interesantes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite dada la consagración del sistema de libertad probatoria por contraposición al de tarifa legal, omitir su examen o dotarlos de una especie de “capitis diminutio” sólo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

Al efecto, cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio.

Desde luego, no desconoce la Sala que en ciertos eventos resulta más contundente o efectivo determinado medio, dada su capacidad suasoria. Pero, se repite, de allí no se sigue que ese sea el único recurso legal para demostrar el hecho, o que, allegados otros medios pertinentes y conducentes, ellos no sean suficientes por sí mismos para producir el efecto de convicción buscado por la parte.

En todos los casos, como por lo demás perentoriamente lo exige la ley, es obligatorio verificar el alcance demostrativo de cada medio en particular y luego articularlo con el conjunto de pruebas, para de esta forma, en seguimiento de los postulados que signan la sana crítica, llegar a la decisión que resuelve el conflicto.

Y, desde luego, si el funcionario estima que determinado medio presentado por la parte para sustentar su teoría del caso, no es suficiente o carece de credibilidad, así tiene que señalarlo en la motivación, refiriéndose en concreto a esa prueba, so pena de incurrir en el falso juicio de existencia por omisión que faculta la controversia en el escenario de la casación.

En suma, cuando el censor señala que no se acreditó que el municipio de San Gil fuese el propietario de la motoniveladora donada por su representado, olvida que en un sistema de libertad probatoria como el que en nuestro país impera, al conocimiento de los hechos se llega por la vía del análisis racional propio de la sana crítica y no a través de criterios matemáticos, cuantitativos o de valor preestablecido.

En razón de ello, si una sola prueba, dígase testimonial, comporta suficiente credibilidad y alcances demostrativos, ella por sí misma puede conducir a la certeza que en sede de la Ley 600 de 2000, se exige para definir responsabilidad penal, independientemente de que otras en contrario se alcen, asomando jurídicamente inaceptable demandar esa especie de prueba de la prueba que ahora reclama el casacionista.

Coincidimos, en consecuencia, con el planteamiento de la delegada del Ministerio Público, en el sentido de que en este asunto basta determinar que el fallador de segundo grado aplicó las reglas de la lógica bajo el sistema de valoración de la sana crítica, concluyendo acertadamente que “si la máquina Caterpillar color amarillo prestó durante un importante lapso servicios a la administración departamental (sic) y el mantenimiento corrió por su cuenta, la máquina pertenecía al municipio que era el que ejercía actos de señor y dueño sobre ella”.

Así las cosas, siendo válidas las conclusiones probatorias del Tribunal en torno a la titularidad del municipio de San Gil sobre el bien objeto de disposición, el cargo no prospera.

4. De los errores de hecho por falsos juicios de existencia.

Los plantea el recurrente en la segunda parte del cargo principal y en el cargo subsidiario.

4.1. En el primer caso, precisa que se estructura en dos modalidades diferentes –por

supresión y por suposición- y aunque aclara que ello procede “obviamente, respecto de medios de prueba distintos”, la verdad es que ello no es cierto, pues, los postula con relación a los mismos elementos de juicio, constituidos por los testimonios de Álvaro Silva Alarcón, Sandra Milena Bayona Delgado, Augusto Rangel Gamboa, Rafael Arturo Muller Gómez, Ciro Alfonso Oliveros Patiño y Néstor Gómez Ruiz, y documentos tales como la Resolución 3067 del CAS, oficios de la Secretaría General del Departamento y de Control Interno del Municipio de San Gil, y certificaciones expedidas por la contadora municipal y el director general del archivo de esa ciudad.

Luego, en lo concerniente a la omisión probatoria, estima que fueron ignorados los fragmentos testificales indicativos de que la motoniveladora donada constituía un objeto abandonado, desmantelado, inservible, sin arreglo, totalmente chatarra, contaminador visual y sin uso diferente al de hacer las veces de orinal, y que no es la misma que gestionó el señor Néstor Ruiz, porque esa al parecer era nueva. Asimismo, sostiene que del enunciado aporte documental se soslaya que no aparece acreditada la propiedad del municipio de San Gil sobre el bien, así como tampoco registro de su donación o de que hiciese parte de sus inventarios.

Todo para repetir que no hay certeza acerca de la propiedad de la motoniveladora, ni que sea la misma donada por su prohijado, con lo cual se desestructura el delito de peculado por apropiación imputado.

Ya en lo que atañe a la suposición probatoria denunciada, el actor encuentra una salida fácil a su argumentación, indicando que si no se hubiesen tergiversado los medios de prueba relacionados en el apartado anterior y si se hubiesen examinado los descritos en este capítulo, la conclusión inexorable es que no existe prueba del hecho indicador, referido a que el ente territorial actuaba como señor y dueño de la motoniveladora que luego “donó” su representado.

Por ello, opina, debió aplicarse el principio del *In Dubio Pro Reo*, reconociéndose la duda razonable acerca de la titularidad del dominio, desvirtuándose así la configuración de los elementos de la conducta punible de peculado por apropiación, referidos a la calidad del objeto material y la relación funcional.

La respuesta a ambos planteamientos será conjunta.

Al efecto, debe partir por señalarse que de acuerdo a lo descartado por la jurisprudencia de la Sala¹⁴, el error de hecho falso juicio de existencia tiene lugar cuando el medio de prueba de contenido trascendente, legal y regularmente aportado, resulta excluido de la valoración efectuada por el juzgador (falso juicio de existencia por omisión o supresión) o cuando se lo inventa o crea sin que en verdad exista materialmente en el proceso, dando por probados supuestos fácticos cuya acreditación no está atribuida expresamente a los demás elementos de convicción (falso juicio de existencia por suposición o ideación).

En las hipótesis de falso juicio de existencia por supresión, el recurrente tiene la carga de precisar en qué parte del expediente se ubica la prueba materialmente omitida y, acto seguido, cómo, de haber sido estimada con los demás medios de prueba, las conclusiones adoptadas en el fallo habrían sido sustancialmente diferentes y favorables a su pretensión.

Pues bien, aunque ya se dijo con antelación que los evidentes defectos de forma advertidos en la demanda no obstaculizan que se adopte una decisión de fondo, no está de más señalar que en este evento nuevamente el demandante se quedó en la mitad del camino, dado que, se limitó a transcribir fragmentos de las pruebas que estima ignoradas, para luego consignar apreciaciones generales que parten de una percepción subjetiva y personalísima de lo que arrojan dichos elementos de juicio, dejando de indicar cuál es el mérito que les corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y

cómo su estimación conjunta en el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo, para absolver a su representado.

De todos modos, el impugnante parte de premisas acomodadas y que no corresponden a la realidad, como quiera que revisado el fallo del Tribunal, se verifica que si se tuvieron en cuenta algunos de los elementos de juicio que echa de menos, y que en ningún momento se puso en tela de juicio, no solo que la motoniveladora de la que dispuso su defendido estaba abandonada y en mal estado, sino también que no había prueba escrita documentando el derecho a la propiedad en cabeza del municipio.

Efectivamente, el Ad quem alude en su disertación a un oficio dirigido al almacenista GÓMEZ CASTAÑEDA, en el que le piden que retire de la empresa de acueducto ACUASAN la motoniveladora, y a la Resolución del CAS –Corporación Autónoma Regional de Santander- del 23 de octubre de 2002, en la que se reitera esa circunstancia y se alude a su condición de chatarra¹⁵.

Por esa razón, explica el fallador, “el procesado se dispuso a efectuar el traslado del aparato, esta vez a un lote de la planta de sacrificio del municipio”, agregando mas adelante:

“La circunstancia de hallarse en desuso tampoco se erige en circunstancia justificativa de la conducta. Aún en las condiciones de deterioro en que se encontraba, ello no quiere decir que no representara ningún valor, en otros términos, que en un momento dado el ente territorial dueño del objeto no pudiese obtener nada a cambio por él, de ahí que el acusado no podía disponer arbitrariamente del bien privando a la entidad pública de intentar la recuperación de que se viene hablando”.

A la anterior conclusión llegó el juzgador, no sin antes hacer alusión a las declaraciones de Augusto Rangel Gamboa, la persona que retiró el aparato y, por tanto, da

cuenta de ese estado de abandono; y Sandra Milena Bayona y Álvaro Silva Alarcón, empleados de la planta de sacrificio donde estaba ubicado, quienes aluden al retiro del bien que en tal condición estaba estacionado en esas instalaciones¹⁶.

Así las cosas, contrario a lo que afirma el recurrente en la sustentación del reproche, el Tribunal, así no haya hecho una relación expresa de cada uno de los elementos de juicio testimoniales y documentales que se dice fueron ignorados, es lo cierto que (i) dio por probado el estado de deterioro de la motoniveladora –cosa diferente es que haya estimado, acertadamente, que esa circunstancia no justificaba el delito-, y (ii) admitió que no había soporte documental sobre la titularidad del mismo por parte del municipio de San Gil, circunstancia esta que dedujo lógicamente por otra vía probatoria, conforme se precisó en la contestación del reparo anterior.

La queja del censor, por consiguiente, carece de trascendencia, puesto que en la sentencia de segunda instancia claramente se ventilan ambos aspectos, esto es, que el bien estaba abandonado y era inservible, y que no hay un documento oficial que certifique que pertenecía al municipio de San Gil.

Asunto diverso es que ambas circunstancias no tengan la virtualidad de desestructurar la conducta punible de peculado por apropiación, que es lo que en últimas pretende lograr el actor, ya que, por un lado, es absolutamente irrelevante cuál era el estado de la motoniveladora, en la medida en que lo que se reprocha al sindicato es el acto arbitrario de disposición, y, por otro, la titularidad sobre la misma sí se acreditó testimonialmente, acorde con las declaraciones que fueron analizadas con antelación y cuyo poder suasorio pretendió vanamente derrumbar el casacionista.

Por lo anterior, la representante de la sociedad, con toda razón, descartó la presencia del yerro denunciado, aseverando que se hizo una valoración en conjunto de la prueba “que sirvió de sustento a la decisión recurrida y que deja a salvo lo probado de que la

motoniveladora era un bien oficial, así sea a través de otros medios diversos a los documentales”.

Y, en lo que respecta al falso juicio de existencia por suposición, el deber del censor estribaba en demostrar el yerro mediante el señalamiento de la correspondiente consideración del fallo en la que se aluda al medio de prueba que materialmente no obra en el proceso, o lo que éste supuestamente acredita, y a continuación explicar cómo, suprimiendo ese elemento de convicción o su contenido, las conclusiones del fallo pierden sustento y varían en sentido beneficioso a sus intereses.

Al efecto, el casacionista simplemente aduce que no existe prueba del hecho indicador, referido a la titularidad que sobre la máquina ostentaba el municipio de San Gil, indicando que ello se traduce en una duda razonable sobre la configuración del delito de peculado por apropiación.

Esta mismo tópico, recuérdese, fue el alegado en el subcargo primero del reparo principal, motivo por el cual la Sala se atiene a lo disertado en su contestación, en la que se estableció que el Tribunal concluyó válidamente, apoyado en varios testimonios, que esa circunstancia sí estaba plenamente probada, y que la proposición del demandante desconoce el principio de libertad probatoria.

Además, es menester iterarlo, para la Corte no hay duda de que la motoniveladora utilizada para reparar vías veredales del municipio de San Gil durante varias administraciones, es la misma que tras estar estacionada y deteriorándose en varias dependencias del ente territorial, fue objeto de disposición caprichosa por parte del procesado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA.

Así las cosas, se insiste en que al margen de la forma en que se haya acreditado ese derecho de propiedad sobre la máquina por parte del municipio de San Gil, es lo cierto que lo verdaderamente importante es que al mentado sindicado, como igualmente lo dijo la

delegada de Procuraduría, “concernía su administración, tenencia y custodia, la que se le había encomendado por razón de sus funciones”.

Por lo tanto, la suposición probatoria que en torno a este hecho atribuye el actor al sentenciador, carece de fundamento, en la medida en que obran suficientes elementos de juicio señalando sin lugar a dudas, que el municipio de San Gil es el propietario de un bien oficial que como tal, era administrado por el acusado GÓMEZ CASTAÑEDA.

Consecuencia de lo anterior, los cargos apoyados en errores de hecho por falsos juicios de existencia por supresión y suposición probatorias, tampoco están llamados a prosperar.

4.2. En el cargo subsidiario, el impugnante, respecto de los mismos elementos de convicción, vuelve a postular un falso juicio de existencia por suposición probatoria, esta vez cuestionando que el fallador haya tomado como hecho probado “el dolo de pecular” del procesado, desconociendo que ignoraba que la motoniveladora no pertenecía al municipio de San Gil y por ello con su proceder no conculcó ni puso en riesgo el bien jurídico de la administración pública.

Por tal motivo, opina que su defendido actuó con la creencia de que estaba donando una chatarra y no una obsoleta motoniveladora, que además no pertenecía al municipio de San Gil, es decir, obró con la convicción errada e invencible de que no concurría uno de los elementos de la descripción típica –el atinente a la calidad del objeto material-, incurriendo en un error de tipo excluyente de responsabilidad. Aunque, agrega, si de dijese que dicho error era vencible, debió condenársele por una conducta culposa.

En lo que atañe a este tipo de yerro, la Corte remite a las consideraciones que se consignaron en el anterior apartado en torno a su postulación casacional, con el objeto de destacar que el demandante dejó el cargo apenas enunciado, en la medida en que no ofrece algún argumento relacionado con la insuperabilidad o superabilidad del error, circunstancias, ambas, que entiende probadas.

De todos modos, ninguna consideración dogmática cabe hacer con relación a la presencia de un supuesto error de tipo, pues, basta acudir al aporte probatorio para concluir que el sindicado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA, plena y conscientemente, sabía que la motoniveladora, al margen de que careciese de un documento certificando su titularidad, pertenecía a la administración de San Gil, a la cual se encontraba vinculado en calidad de jefe del Almacén Municipal.

Ello, por las siguientes razones:

(i) Es apenas obvio que si de las declaraciones juradas de Salomón Carreño Galvis, Pedro Nel Rodríguez, Edgar Paredes Gutiérrez, Gregorio Muñoz Velandia y Bernardo Gómez Silva, todos ellos vinculados de una u otra forma a la administración de San Gil, se determinó que la máquina pertenecía a dicha población, con mayor razón se desprende de la versión injurada de GOMEZ CASTAÑEDA¹⁷, quien con mejores elementos de juicio, dada su calidad de almacenista municipal, hizo saber que fue él la persona que siempre gestionó -incluso cierta vez de su propio peculio-, los constantes traslados de la motoniveladora de una entidad municipal a otra.

(ii) El propio sindicado reconoce que recibió un oficio de la empresa de acueducto ACUASAN -también de índole municipal- en el que le pedían el retiro del aparato de sus instalaciones, motivo por el cual lo ubicó, junto con otros automotores -que, aclara, sabía que eran de propiedad del municipio-, en la sede de la Terminal de Transporte.

(iii) También admite el procesado que recibió oficio similar de la gerencia de dicha Terminal de Transporte, pidiéndole sacar la motoniveladora de sus instalaciones, a lo cual accedió, debiendo sufragar él mismo su traslado hasta el matadero municipal.

(iv) Manifiesta GÓMEZ CASTAÑEDA que cuando una persona fue hasta su oficina a preguntar por la máquina, en el matadero le dijeron que la misma “era del municipio”, lo que permite colegir que se trataba de un conocimiento generalizado al

que no podía ser ajeno el almacenista municipal.

(v) Dice el inculcado GÓMEZ CASTAÑEDA que cuando esa persona le pidió en venta el aparato, le contestó que no podía venderse porque no había forma de darle de baja, por carecer de soporte documental. Con ello reconoce, ni más ni menos, que se trata de un bien oficial, del que solo puede disponerse atendiendo un trámite administrativo.

(vi) El citado tractor, junto con otros vehículos, fue objeto de dictamen por parte de la Corporación Autónoma Regional de Santander, la cual expidió la Resolución N° 00003067 del 23 de octubre de 2002 sugiriendo su retiro de la Terminal de Transporte. En dicho acto administrativo se deja constancia que de acuerdo a lo informado por Ciro Oliveros Patiño -gerente de la entidad-, dichos bienes pertenecen al municipio, y según lo comunicado por HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA, -almacenista de San Gil-, estaban en proceso de remate.

(vii) Además de la mención expresa que se hace de GÓMEZ CASTAÑEDA en la Resolución de la CAS, él mismo acepta en su inculpada que el gerente de la Terminal de Transporte le envió copia de la misma.

(viii) El “acta de donación” suscrita entre GÓMEZ CASTAÑEDA y Augusto Rangel Gamboa, se realizó en papel oficial de la “Alcaldía Municipal de San Gil”¹⁸.

(ix) Dicha acta la firma GÓMEZ CASTAÑEDA, dejando constancia de su calidad de “Almacenista Alcaldía de San Gil”.

Por todo lo anterior, no cabe la menor duda de que el procesado GÓMEZ CASTAÑEDA sí sabía que la motoniveladora era un bien oficial perteneciente a la entidad que lo empleó, esto es, la administración municipal de San Gil.

Y como si ello fuera poco, la actitud contradictoria y mendaz asumida por el

sindicado GÓMEZ CASTAÑEDA con posterioridad al hecho, es también indicativa de su proceder doloso.

En efecto, cuando el concejal denunciante -Salomón Carreño Galvis- le preguntó al almacenista por la suerte del tractor amarillo, éste le contestó, advirtiéndolo nerviosismo, que lo había donado a un colegio de Bucaramanga.

Ese hecho resultó ser falso, como se acreditó plenamente en el expediente.

Luego, cuando optó por decir y sostener que se lo donó a Augusto Rangel Gamboa, por haber sido la única persona que se mostró interesada en el aparato, GÓMEZ CASTAÑEDA explicó que así procedió con la condición de que aseara la sede de la planta de sacrificio municipal en donde estaba parqueado.

Este hecho también se desvirtuó, con las declaraciones juradas de Álvaro Silva Alarcón y Sandra Milena Bayona Delgado, administrador y secretaria del lugar, respectivamente, quienes aseguraron que no fue cierto lo del aseo, actividad que directamente es supervisada por la directiva de la entidad.

Finalmente, llama la atención que tampoco hay uniformidad frente a lo que efectivamente constituyó el acto de disposición, pues, aunque el procesado GÓMEZ CASTAÑEDA y su defensor siempre han alegado que fue objeto de donación, también reposan elementos de juicio que indican que fue vendida, lo cual torna más sospechoso aún el proceder de aquél.

Es que, a pesar de que en el expediente aparece la ya aludida “acta de donación”, suscrita el 25 de marzo de 2003 por el almacenista GÓMEZ CASTAÑEDA y el ciudadano Augusto Rangel Gamboa, también obra una “constancia de retiro”, firmada únicamente por Rangel Gamboa el día siguiente, certificando que la motoniveladora fue “vendida como material chatarra”¹⁹.

Luego, en su declaración bajo la gravedad de juramento, Rangel Gamboa empieza diciendo que la máquina le fue regalada, pero mas adelante es traicionado por sus propias palabras cuando explica que no la hizo revisar porque “eso se compró simplemente a la vista”.

Para rematar, la secretaria del matadero municipal, Sandra Milena Bayona Delgado, quien al parecer elaboró el acta de retiro, también dijo en su testificación jurada que “MAURICIO me dijo que había sido vendida”.

En suma, como el casacionista no argumentó cómo se estructuró el supuesto error de tipo, sino que, por el contrario, la prueba recaudada demuestra el dolo en el proceder del sindicado HÉCTOR MAURICIO GÓMEZ CASTAÑEDA, quien sabía que la motoniveladora de la que dispuso arbitrariamente pertenecía al municipio de San Gil, el cargo subsidiario también está llamado a al improsperidad.

Página contiene parte resolutive y firma de 3 Magistrados

Casación N° 31.921 -No casa-

5. Decisión.

Por todo lo anotado en precedencia y como quiera que no observa la Corte violación a garantías fundamentales, se impone dejar incólumes los efectos de la sentencia atacada.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Página contiene firma de 6 Magistrados

Casación N° 31.921 -No casa-

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

Permiso

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Véase el acápite 1.2.1. de este resumen.

2 En el que el actor plantea otro falso juicio de existencia por omisión, esta vez para sustentar que debió reconocerse que su defendido obró amparado por la causal excluyente de responsabilidad del error de tipo.

3 Corte Suprema de Justicia, Radicado N° 18.021 del 6 de marzo de 2003.

4 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de noviembre de 1980.

5 Corte Suprema de Justicia, Radicado N° 16.569, 9 de mayo de 2003.

6 Sentencia del 8 de agosto de 2009, Radicado N° 26.952.

7 Entre otras, en Sentencia del 12 de agosto de 2009, Radicado N° 32.053.

8 Sentencia de 18 de noviembre de 1980, citada en la sentencia de 23 de abril de 2008, Radicación N° 23.228.

9 Auto del 20 de febrero de 2008, Radicado N° 28.915, entre otros.

10 Folios 1 y 7 del cuaderno original.

11 Folio 12 vto. y 48 vto., Ibidem.

12 Folio 16 vto., Ib.

13 Folio 47 vto., Ib.

14 Sentencia del 12 de mayo de 2010, Radicado N° 31.642., entre otros pronunciamientos.

15 Folio 45 del cuaderno original.

16 Folios 21, 24 y 25 del c.o., respectivamente.

17 Folios 26 y ss. del c.o.

18 Folio 33, Ib.

19 Folios 11, c.o.