

Proceso nº 36422

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 155.

Bogotá, D.C., dos de mayo de dos mil doce.

VISTOS

Juzga la Corte, en sede de casación, la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga el 15 de diciembre de 2009, mediante la cual se confirmó con modificaciones el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad el 27 de julio de 2009, condenando a YAMIL BECHARA HOUGHTON como autor responsable del delito de peculado culposo, y LUIS ADRIÁN PULIDO ESCOBAR y LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO, como coautores del delito de peculado por apropiación, en calidad de intervinientes.

HECHOS

De acuerdo con los hechos delimitados en las sentencias de primera y segunda instancia, a través de la denuncia formulada por la Secretaría General y Representante Legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P., se conoció que esta empresa de economía mixta, cuyo objeto social es la prestación de servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, realizó

operaciones bursátiles en la Bolsa Nacional Agropecuaria a través de la Sociedad Corredora del Caribe – CORCARIBE S.A.-, a partir del año 2002.

El día 14 de febrero de 2005, los aquí acusados YAMIL BECHARA HOUTHON, en su condición de Gerente General desde el 29 de julio de 2003, y JUAN GILBERTO HERNANDEZ MORA, subgerente Financiero con funciones de administrar y custodiar, entre otros, los bienes de TELEBUCARAMANGA, dispusieron reinvertir los excedentes de liquidez de la empresa, mediante dos operaciones bursátiles a través de la Sociedad Corredora del Caribe CORCARIBE S.A., para ser invertidos en la Bolsa Nacional Agropecuaria (BNA), por las sumas de \$3.096.955.450.00 y 6.826.935.051.00.

Las primeras inversiones se hicieron mediante “operación de mercado abierto”, según las cotizaciones de la sociedad comisionista, que ofreció reinvertir a un plazo de 270 días con un rendimiento de \$224.945.762.00 y una tasa de interés de 9.8%; y otra a un plazo de 360 días, con un rendimiento de \$309.695.545, a una tasa de interés del 10%, para un valor futuro de \$3.406.650.995. Posteriormente, el 17 de mayo del mismo año se autorizó otra operación denominada ‘REPO SOBRE CDM’, con una inversión de \$6.826.935.051,00, con fecha de vencimiento 1º de noviembre de 2005, con plazo de 164 a 360 días, rendimientos de \$294.083.608,00 y una tasa de interés 9.7% E.A., para un valor futuro total de \$7.121’018.659.

Para la ejecución de las operaciones financieras TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P. confirió poder a la sociedad CORCARIBE S.A., representada por los acusados LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR y LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO, quienes desconociendo los términos pactados en el mandato, actuaron por fuera de la Bolsa Nacional Agropecuaria (BNA) y sin respaldo ni seguro que garantizara las inversiones, las cuales, de acuerdo a la inspección realizada en la entidad comisionista, no aparecieron registradas en los libros de contabilidad.

El 26 de julio de 2005, el señor Juan Felipe Montoya, miembro principal de la Junta Directiva de TELEBUCARAMANGA, le informa al Gerente YAMIL BECHARA HOUTHON, sobre irregularidades cometidas por CORCARIBE con otros inversionistas, previniéndolo para que actuara con cautela y revisara las inversiones con esta empresa.

Así se iniciaron las averiguaciones correspondientes, lográndose establecer que respecto de las operaciones mencionadas solo existía como soporte la cotización y la comunicación de “cierre en firme”, enviadas por CORCARIBE S.A., el 14 de febrero y el 17 de mayo de 2005.

LUIS ADRIÁN PULIDO ESCOBAR aceptó que los dineros no fueron invertidos de acuerdo con el mandato de TELEBUCARAMANGA, sino que fueron entregados a terceros, supuestamente a los cafeteros, quienes nunca confirmaron esta versión.

Por su parte, la Bolsa Nacional Agropecuaria, con fecha 28 de julio de 2005, certificó la existencia de operaciones realizadas por CORCARIBE a favor de TELEBUCARAMANGA, pero por un valor de \$751'630.392, suma inferior al 10% de las inversiones ordenadas, sin que se supiera del destino del dinero restante.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación por tales hechos se inició el 2 de agosto de 2005, con base en la denuncia formulada el 29 de julio de 2005 por Sandra Marlén Monroy Suárez, Secretaria General y Representante Legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P.

A la investigación fueron vinculados mediante indagatoria LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR, LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO, Clara Bibiana Orejarena y Juan Gilberto Hernández Mora, a quienes se resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria, como presuntos coautores e intervinientes del delito de

peculado por apropiación.

Posteriormente, se recibió indagatoria a YAMIL BECHARA, a quien se le imputó el delito de peculado culposo.

El 20 de abril de 2006 se declaró cerrada la investigación y mediante proveído del 12 de junio de 2006 se calificó el mérito sumarial con resolución de acusación contra Juan Gilberto Hernández Mora y Clara Bibiana Orejarena Díaz, como presuntos coautores responsables del delito de peculado por apropiación; contra YAMIL BECHARA como presunto autor del delito de peculado culposo; y contra LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO y LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR como presuntos coautores del delito de peculado por apropiación en calidad de intervinientes.

Apelada la anterior determinación por varios de los defensores, fue objeto de confirmación por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en la resolución dictada el 15 de mayo de 2007, salvo lo relacionado con la acusación que afectó a Clara Bibiana Orejarena Díaz, a cuyo favor precluyó la investigación.

El conocimiento del juicio se avocó por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que luego de evacuar las audiencias preparatorias y de juzgamiento, dictó sentencia de primera instancia el 27 de Julio de 2009, en los siguientes términos:

a. Condenó a Juan Gilberto Hernández Mora a las penas principales de 7 años de prisión, multa de \$9.923.850.501, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y a la inhabilitación para desempeñar funciones públicas de que trata el artículo 122 de la Constitución Nacional, como autor responsable del delito de peculado por apropiación.

a. Condenó a YAMIL BECHARA HOUTHON a las penas principales de 18 meses de prisión, multa de \$7.630.000, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y a la inhabilitación para desempeñar funciones públicas de que trata el artículo 122 de la Constitución Nacional, como autor responsable del delito de peculado culposo.

a. Condenó a LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO y LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR, a las penas principales de 8 años de prisión, multa de \$9.923.890.501 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como coautores responsables de peculado por apropiación en su condición de intervinientes.

De igual forma, a los procesados Juan Gilberto Hernández Mora, LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO y LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR se les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria. A YAMIL BECHARA HOUTHON se la concedió el primero por un periodo de prueba de 3 años.

La anterior determinación fue impugnada por los defensores de YAMIL BECHARA HOUTHON, Juan Gilberto Hernández Mora, LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO y LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR, dando lugar al fallo de segunda instancia dictado el 15 de diciembre de 2009, por el Tribunal Superior de Bucaramanga, que confirmó la condena contra todos los procesados, con las siguientes modificaciones en el aspecto punitivo:

a. A Juan Gilberto Hernández Mora le impuso las penas principales de 6 años y 10 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

a. A YAMIL BECHARA HOUTHON le impuso las penas principales de 17 meses y 17 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

a. A LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO y LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR les impuso las penas principales de 6 años, 7 meses y 29 días de prisión, multa de \$7.442.917.876 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Igualmente, modificó el numeral quinto de la parte resolutive del fallo en lo referente al monto de la indemnización por perjuicios materiales que en forma solidaria se impuso a todos los condenados, para fijarlo en \$8.713.781.100.oo.

Contra la sentencia de segunda instancia presentaron demanda de casación los defensores de YAMIL BECHARA HOUTHON, LUZ CLEMENCIA ESCOBAR DE PULIDO y LUIS ADRIAN PULIDO ESCOBAR.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda a nombre de YAMIL BECHARA HOUTHON

Antes de asumir la presentación de los cargos contra la sentencia impugnada, el defensor de BECHARA HOUTHON dedica un capítulo preliminar a justificar las razones que

justifican la intervención excepcional de la Corte, tras considerar que la vía de acceso a la casación para su representado es la discrecional, pues al mismo se le juzgó y condenó por un delito sancionado con pena que no excede los 8 años de prisión.

En ese orden, señala que se busca la salvaguarda de los derechos fundamentales de su defendido, los cuales encuentra afectados con la imposición de la condena por el delito de peculado culposo, a partir de juicios de adecuación completamente erróneos y subjetivos, cuando su accionar debió ser considerado como atípico.

De esa manera, agrega, se vulneraron los derechos a la libertad, a no ser privado injustamente de la misma, al debido proceso y a la igualdad.

A continuación formula dos cargos al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, cuya sustentación puede resumirse de la siguiente manera:

Cargo primero. Falso juicio de identidad

Acusa la sentencia de ser violatoria, por vía indirecta, de la ley sustancial, por error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por tergiversación o distorsión de la expresión fáctica de la prueba, produciendo efectos probatorios que no derivan de su contexto, lo que a su vez condujo a la indebida aplicación del artículo 400 del Código Penal y a la falta de aplicación del artículo 32 de la Ley 142 de 1994.

En orden a la demostración del yerro aducido, destaca algunos apartes de la sentencia en los cuales se hace alusión a las responsabilidades que tenía a su cargo YAMIL BECHARA HOUTHON como Gerente General de TELEBUCARAMANGA, y cita apartes del contenido de su indagatoria, en los que afirma su convencimiento de que la entidad para la cual laboraba es “una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto que en todos sus actos y contratos se rige por el derecho privado de acuerdo con la ley

142...", y que, por lo tanto, su "contrato de trabajo y tal como está establecido en los estatutos de la compañía me indicaron que era trabajador privado y me regía en lo laboral por el Código Sustantivo de Trabajo...".

Sostiene que para imputar el peculado en cualquiera de sus modalidades, es necesario que el funcionario público tenga conciencia de que ejerce una función pública como elemento del tipo. Así, en el peculado culposo, debe conocer los elementos que estructuran la violación del deber objetivo de cuidado respecto de sus funciones públicas.

En el presente caso, dice, contrario a lo expuesto por el ad quem, su representado actuó bajo el convencimiento de que no tenía a su cargo función pública alguna para el momento de los hechos, lo que imposibilita la imputación subjetiva de un peculado.

Afirma que si en gracia de discusión se admitiera que la función ejercida por el gerente de TELEBUCARAMANGA es de aquellas que se considera pública, no puede negarse que el mismo creyó, con suficientes elementos de juicio, que para el momento del ejercicio de sus labores era un funcionario particular.

Agrega que aunque el juzgador de segunda instancia manifestó de modo expreso que el conocimiento de la calidad exigida en el tipo se desprende de la foliatura obrante en el expediente, citando algunos fragmentos del cuaderno No. 5 y de otros folios, si se hace un análisis completo del dicho de su representado, sin manipulación ni mutilación, la decisión a adoptar sería absolutoria.

El error, dice, versa sobre un elemento del tipo de peculado culposo, cuya exclusión no posibilita la configuración de un tipo más benigno en tanto no está previsto como delito el abuso de confianza calificado culposo, de donde la conducta resulta absolutamente atípica.

Advierte que aunque el Tribunal cita una sentencia de esta Corte emitida con anterioridad

a los hechos, lo cierto es que para entonces no existía unidad de criterio acerca de si un trabajador de una empresa de servicios públicos era o no servidor público, cuestionamiento que sólo fue dilucidado con la sentencia de la Corte Constitucional C-736/07, proferida con posterioridad a los hechos.

Alega que más allá del aforismo según el cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, es importante comprender que en un contexto de hiperinflación normativa como el de los últimos tiempos, no se le puede exigir a una persona que esté al tanto de todas las novedades jurisprudenciales, menos si no es profesional del derecho, pues “nadie está obligado a lo imposible”.

Cita como normas violadas los artículos 9º del Código Penal de 2000 y 32 de la Ley 142 de 1994 y culmina el cargo solicitando que se case la sentencia demandada, para que en su lugar se dicte una de reemplazo de carácter absolutorio a favor de su representado.

Cargo Segundo. Falso raciocinio

Acusa la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un error de hecho por falso raciocinio, que condujo a la aplicación indebida del artículo 400 de la Ley 599 de 2000.

El error, dice, recayó sobre el manual de funciones del Gerente General de TELEBUCARAMANGA y el informe No. 251390 del C.T.I. de la Fiscalía, que conceptúa sobre la naturaleza jurídica de la empresa prestadora del servicio público de telecomunicaciones.

En orden a demostrar el yerro denunciado, transcribe los apartes de la sentencia en los cuales se hace alusión al referido informe del C.T.I., para señalar que el juzgador contrarió las reglas de la sana crítica al deducir la calidad de servidor público de su

representado, exclusivamente de la naturaleza pública de los bienes que manejaba, cuando debió acudir a la [Constitución Política](#), que dispone que es la ley la que define esa calidad y para éste caso, la Ley 142 de 1994 regula todo lo atinente a las empresas prestadoras de servicios públicos, señalando que sus actos y los de sus funcionarios son de derecho privado.

De allí que aunque se afirme que los aportes de los accionistas en las empresas mixtas de servicios públicos sean dineros públicos, ello no implica que los particulares que allí laboran realicen funciones públicas, pues una cosa es prestar un servicio público y otra bien distinta realizar una función pública.

Pide que se tenga en cuenta que la Procuraduría General de la Nación archivó la investigación disciplinaria que cursaba contra su representado, precisamente porque consideró que no es sujeto de derecho disciplinario.

Sostiene que es contrario a la lógica que alguien resulte penalmente responsable de un delito contra la administración pública, cuando ha sido exonerado disciplinariamente por no realizar función pública, pues no es posible la existencia de “dos afirmaciones estatales opuestas sobre la existencia de una función pública”.

En cuanto al manual de funciones, después de transcribir los apartes pertinentes de la sentencia en los cuales se hizo alusión al mismo, señala que a la luz de las reglas de la experiencia, debe admitirse como obvio que para cumplir cabalmente sus funciones, el gerente de una empresa acude a la institución de la delegación, por aplicación del principio de confianza que rige las relaciones humanas.

Además, su prohijado no violó el deber objetivo de cuidado, ni le era exigible otra conducta, dado que fue objeto de engaño, pues la información circulante no evidenciaba las irregularidades que se estaban materializando y en el medio en que desempeñaba su gestión imperaba un ambiente de confianza y normalidad.

Para el momento en que se estudiaron las alternativas de inversión, alega, CORCARIBE “no era y no podía tenerse como nada distinto a uno de los miembros que la BNA (Bolsa Nacional Agropecuaria) tenía como comisionista a ofrecer”. Con esa firma, dice, se habían realizado múltiples inversiones finiquitadas con éxito y la misma contaba con amplia trayectoria y reconocimiento en ese mercado.

Afirma que el propio C.T.I. manifiesta en su informe que no había razones para dudar de la seriedad de la firma comisionista, cuyos irregulares procederes se registraron por fuera de la contabilidad, lo que impedía conocerlos a quien no estuviera al interior de ellos.

Debe considerarse, además, que fue el propio YAMIL BECHARA quien denunció el hecho, rasgo propio de aquellos que se comportan conforme al deber y de manera honorable.

El error es trascendente, porque de no haber tenido ocurrencia, el sentido del fallo habría sido absolutorio a favor de su representado, a quien, reitera, no le era exigible otra conducta, no puso en peligro el bien jurídico patrimonial de la empresa, no produjo una infracción al deber de cuidado, ni tampoco podía, ex ante, advertir lo imprevisible.

Como normas violadas cita los artículos 232 y 238 de la Ley 600 de 2000 y 9º y 32 del Código Penal de 2000 y pide que se case la sentencia para que en su lugar se dicte fallo absolutorio a favor de YAMIL BECHARA.