

Proceso nº 38977

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta No.198

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012).

VISTOS:

La Sala resuelve sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Hernando Aldana Mendoza y José del Carmen Aya Moreno, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual se confirmó, en parte, la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal (Tolima), que los condenó como coautor e interviniente, respectivamente, de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

1. Los primeros fueron sintetizados por el ad quem en los siguientes términos:

“Los hechos se circunscriben a las irregularidades detectadas en la orden de prestación de servicios No. 123 del 15 de junio de 2005, suscrita entre el gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (Tolima) «espuflan», Hernando Aldana Mendoza, con el contratista José del Carmen Aya Moreno por la suma de \$6.384.000, cuyo objeto

consistió en realizar una capacitación en prevención de riesgos profesionales, la que se debería realizar en el término de un (1) día.

Según certificado de «recibido a satisfacción» expedido por el gerente de «espuflan», la prestación del servicio se llevó a cabo el día siguiente el 16 de junio de 2005.

Pese a lo anterior, al realizarse averiguaciones con los empleados de la empresa, manifestaron no tener conocimiento de que se hubiera realizado capacitación alguna en riesgos profesionales”.

2. Por esos hechos, en la Fiscalía Cincuenta y Una Seccional de Ibagué, fueron vinculados mediante indagatoria Hernando Aldana Mendoza y José del Carmen Aya Moreno, tras lo cual se dispuso la clausura de la instrucción y, el 5 de octubre de 2006, se profirió resolución acusatoria contra los citados como coautor e interviniente, respectivamente, de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la cual quedó ejecutoria el 15 de junio de 2007, al ser confirmada por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal de la misma ciudad.

3. La etapa de la causa correspondió adelantarla al Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal (Tolima), donde celebrada la audiencia preparatoria y la vista pública, el 27 de abril de 2010, fueron condenados los procesados por las conductas punibles por los que se los convocó a juicio, a quienes se les impuso la siguiente sanción:

A Hernando Aldana Mendoza, las penas principales de 60 meses de prisión, multa de 55 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de la libertad, en calidad de coautor.

A José del Carmen Aya Moreno, las penas principales de 45 meses de prisión, multa de 42 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas por el mismo término del internamiento intramural, en la condición de interviniente.

Igualmente, se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Además, se los obligó a pagar, por concepto de perjuicios materiales, la suma de \$5.072.350.

4. Ese fallo fue apelado por los defensores de los inculpados y, el 18 de enero de 2012, el Tribunal Superior de Ibagué lo confirmó en parte, por cuanto dispuso condenar a Hernando Aldana Mendoza a las penas principales de 57 meses y 18 días, multa de 51.85 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 60 meses.

Así mismo, resolvió condenar a José del Carmen Aya Moreno a las penas principales de 43 meses y 6 días de prisión, multa de 38,95 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 45 meses.

LAS DEMANDAS:

La allegada por el defensor de Hernando Aldana Mendoza está integrada por tres cargos y la radicada por el apoderado de José del Carmen Aya Moreno la compone una sola censura, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera.

Libelo presentado a nombre de Hernando Aldana Mendoza

Primer cargo:

Con sustento en la causal primera de casación, el impugnante denuncia la sentencia por haber incurrido en la violación indirecta de la ley sustancial, lo cual condujo a la aplicación indebida de los artículos 397 y 410 del Código Penal.

Expresa que del contenido de los informes rendidos por el Cuerpo Técnico de Investigación y de la inspección realizada a la Empresa de Servicios Públicos de Flandes "ESPUFLAN", se concluye que el procesado "actuó dentro de los parámetros legales propios de su cargo en la suscripción, trámite y cumplimiento" de la orden de prestación de servicios No. 123 del 15 de junio de 2005, "más allá de las discusiones de tipo semántico" que se suscitaron porque en la referida orden se indicó que ésta tenía por objeto la "capacitación en la prevención de riesgos profesionales" de los empleados de dicha empresa, mientras que en la respectiva cuenta de cobro se consignó que el objeto era la "elaboración del documento técnico en materia de salud ocupacional".

Añade que tal como lo expuso el inculpado en su indagatoria, "más allá de la divergencia semántica, se cumplió el objeto de la orden cuestionada... con la entrega de dos tomos contentivos de sendos documentos técnicos en «materia de salud ocupacional», que es precisamente el medio, instrumento o vehículo a través del cual se cumple con el objetivo consistente en «la capacitación en prevención de riesgos profesionales» en la Empresa de Servicios Públicos de Flandes".

Una vez agrega que tal explicación fue respaldada por los testimonios de Juvenal Cruz Velandia y Gilberto Palma Rodríguez, señala que en efecto en uno de los informes del Cuerpo Técnico de Investigación se da cuenta de la existencia de dichos manuales y de allí que no sea posible predicar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como tampoco la conducta punible de peculado por apropiación, en tanto no hay prueba para predicar su configuración o deducirle responsabilidad en ellos al inculcado, conforme lo exige el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Así las cosas, solicita casar la sentencia y absolver al enjuiciado.

Segundo cargo:

Apoyado en la causal primera de casación, el actor acusa el fallo por haber incurrido en la violación indirecta de la ley sustancial, lo cual derivó en la aplicación indebida de los artículos 397 y 410 del Estatuto Punitivo y en la correlativa falta de aplicación del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Una vez el censor repite los mismos argumentos utilizados para dar sustento al cargo anterior, concluye que como en el caso particular “no está claro” que la conducta del procesado estructure los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de peculado por apropiación, pues hay “prueba que afirma y prueba judicial que no afirma”, lo que se impone es favorecerlo con la duda.

Por tanto, pide casar la sentencia y absolver al procesado.

Tercer cargo:

Al amparo de la causal primera de casación, el libelista acusa la sentencia porque incurrió en la violación indirecta de la ley sustancial, lo que a su juicio llevó a la falta de aplicación del artículo 38 del Código Penal.

Afirma que no obstante el enjuiciado fue condenado por delitos que tienen prevista una pena mínima inferior a 5 años, quien además carece de antecedentes y cuenta con arraigo familiar, no se le concedió la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria.

Por tanto, solicita casar el fallo y que se le otorgue a su asistido la prisión domiciliaria.

Demanda allegada en representación de José del Carmen Aya Moreno

Cargo único:

Con apoyo en la causal tercera de casación, el impugnante denuncia la sentencia por haber desconocido el debido proceso, toda vez que se erró en la calificación jurídica de los

hechos por los que se procedió, pues los mismos no se adecuan a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sino a la conducta punible de abuso de confianza calificado.

Sostiene que como el procesado no ostentó la calidad de servidor público respecto de los hechos que le fueron imputados, sin que tal calidad pueda predicársele por razón del contrato que suscribió con la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, pues sólo fungió como un particular que colaboró con esa entidad al ejecutar un contrato de capacitación, a quien por tanto no se le transfirieron funciones públicas, de allí se sigue que ha debido atribuírsele el delito de abuso de confianza calificado, el cual tiene una pena menor que la del peculado y es de conocimiento de los jueces penales municipales.

Una vez cita criterio de autoridad¹ con el propósito de respaldar su postura y reitera lo anotado en precedencia, solicita casar la sentencia y declarar la nulidad de lo actuado, para que se rehaga por un funcionario competente por el delito de abuso de confianza calificado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aspectos Generales:

La Corte, al examinar la admisibilidad de las demandas de casación, centra su interés en verificar el cumplimiento de ciertas exigencias de lógica y adecuada fundamentación en punto de los cargos que las integran, con el propósito de impedir que el recurso extraordinario se convierta en una instancia adicional a las ordinarias ya agotadas, atendiendo al hecho de que la sentencia arriba a esta sede revestida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Por tal motivo, los requisitos reclamados persiguen que las demandas satisfagan unos

presupuestos mínimos de coherencia, lo cual supone expresar de forma clara, precisa y completa los argumentos, en orden a garantizar el entendimiento de los problemas jurídicos a la Corte, en tanto el recurso de casación es eminentemente rogado.

Corresponde entonces a los libelistas especificar, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, la causal o causales de casación que pretendan hacer valer y, a su vez, desarrollar completamente los cargos que sirven de sustento al recurso, respecto de los cuales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho e, igualmente, les asiste el deber de demostrar la trascendencia de los reparos, en aras de cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 206 ibídem, valga decir, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes o la reparación de los agravios padecidos por éstos.

Puesto de presente el esfuerzo argumentativo que corresponde desarrollar a los demandantes, la Sala procede a verificar si en este caso se cumple en relación con las demandas formuladas por los apoderados de Hernando Aldana Mendoza y José del Carmen Aya Moreno.

Libelo presentado a nombre de Hernando Aldana Mendoza

Como quiera que las dos primeras censuras que componen la demanda, contienen igual alcance y se sustentan en los mismos razonamientos, salvo porque en el segundo se alega la duda a favor del procesado, se examinarán conjuntamente.

Primer y segundo cargos:

Cuando se alega la violación indirecta de la ley sustancial, como sucede en estas censuras, corresponde al impugnante mostrar la existencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba por parte del juzgador en cualquiera de sus modalidades, es decir, por falso juicio de existencia (porque se supone o ignora totalmente un determinado

medio de persuasión), falso juicio de identidad (debido a la parcial mutilación, adición o tergiversación de un específico elementos de juicio) o falso raciocinio (que puede ocurrir a consecuencia del desconocimiento de los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia).

También es factible que quien acuda al sentido de violación indirecto de la norma de carácter sustancial proponga la presencia de errores de derecho en la estimación de la prueba por parte del juzgador, en concreto en las modalidades de falso juicio de legalidad (que se configura cuando se le concede valor demostrativo a un medio de persuasión que ha sido practicado o incorporado a la actuación sin el debido proceso probatorio, o se estructura porque se le niega valor a un determinado elemento que ha sido legalmente practicado e incorporado al trámite) o falso juicio de convicción (el cual se contrae a que el juzgador le niega a la prueba el valor atribuido específicamente en la ley o le concede uno diverso al asignado en ella).

En el caso particular, el demandante se limita a sostener que el Tribunal incurrió en la violación directa de la ley sustancial, sin precisar los errores de hecho o de derecho que se estructuraron en orden a consolidar el sentido de violación anotado.

Es más, realiza una reinterpretación de la prueba para sostener que su prohijado “actuó dentro de los parámetros legales” durante todo el proceso de contratación, que “más allá de las discusiones de tipo semántico”, lo cierto es que se cumplió el objeto del contrato, pues ello encuentra respaldo en la prueba testimonial practicada y en uno de los informes rendidos por el Cuerpo Técnico de Investigación, con lo cual simplemente asume una actitud propia de las instancias.

En esa medida, en realidad no evidencia un yerro in iudicando derivado de la contemplación equivocada de los distintos elementos de persuasión incorporados a la actuación, sino que aprovecha el recurso de casación para plantear su propia visión.

Para confirmar lo señalado en precedencia, resulta suficiente traer a colación un pasaje de la sentencia del ad quem, en donde se sostuvo:

“En efecto, riñe con las reglas de la experiencia, el pretendido lapsus calami que han esgrimido los procesados como exculpación de su proceder, pues la simple lectura de la oferta de servicios deja en claro que la labor ofertada no era otra que «la capacitación en la prevención de riesgos ocupacionales, en la Empresa de Servicios Públicos de Flandes», la que «conjuga actividades preventivas para conservar la salud, la vida, la integridad física y mental de las personas que laboran, en la cual el funcionario se mantiene como miembro activo y productivo de una sociedad», cuyo marco de «aplicabilidad de la propuesta» sería, según se consigna en la misma, «inmediata, con el total de los funcionarios» y su evaluación se haría «diariamente, pues se cuenta con vigías de la salud ocupacional... aunque al terminar la capacitación, se presentarán oficialmente unos resultados, los cuales se obtendrán del trabajo en equipo y personal que se haga».

De allí que no encuentre eco en esta Sala el pretendido error mecanográfico en la propuesta de servicios, pues refulge evidente que la labor ofertada por José del Carmen Aya Moreno, no guardaba relación alguna con la elaboración de manuales de salud ocupacional, sino, como textualmente allí se consigna, con la capacitación en salud ocupacional a los funcionarios de espuflán.

Es más, si en efecto se incurrió en un error al redactar los términos de la propuesta... no se explica esta Sala por qué razón, contrariando los principios de necesidad, planeación y transparencia que informan la contratación pública, Hernando Aldana Mendoza optó por suscribir la orden de prestación de servicios No. 123 del 15 de junio de 2005, a sabiendas que el objeto contractual allí consignado no guardaba identidad con lo supuestamente ofrecido por Aya Moreno y, peor aún, haya recibido a entera satisfacción el objeto de la orden de servicios, que no era otro que la «capacitación en la

prevención de riesgos ocupacionales en la empresa de servicios públicos de Flandes», actos irregulares que fueron avalados con la firma de los aquí procesados.

A lo anterior se suma que, contrario a lo afirmado por los defensores de los procesados, la entrega por parte de José del Carmen Aya Moreno de los dos manuales —que alegan—, constituían el verdadero objeto de la orden de prestación de servicios No. 123 del 15 de junio de 2005, no se encuentra acreditada, pues con ocasión de la misión de trabajo ordenada por el Fiscal instructor, el CTI informó que tras requerir a espuflán para que dejara a disposición los citados documentos, se entregaron dos tomos, el primero rotulado «Salud Ocupacional en la Empresa de Servicios Públicos de Flandes» y, el segundo, denominado «Lineamientos para Programas de Salud Ocupacional —Empresa de Servicios Públicos— Flandes, Tolima», comprobando que «los folios que componen los dos tomos corresponden a fotocopias tomadas sobre algún original, que no reposa en espuflán».

(...)

...[Además], se estableció a través de las declaraciones de Juvenal Cruz Velandia y Gilberto Palma Rodríguez, que Aya Moreno no llevó a cabo capacitación alguna en prevención de riesgos ocupacionales en la empresa de servicios públicos para dicha época.

En conclusión, no considera esta Colegiatura que el alegado error haya existido, tal como se acredita en todos y cada uno de los documentos relacionados con la orden de prestación de servicios No. 123 del 15 de junio de 2005, en los que se consigna como objeto de dicho contrato, la capacitación en la prevención de riesgos ocupacionales en la empresa de servicios públicos de Flandes, de donde se colige que era ese y no otro el objeto contractual, siendo conscientes Aya Moreno y Aldana Mendoza de dicha situación, de tal forma que el yerro alegado obedece exclusivamente a un argumento defensivo con el

que pretendieron justificar su ilícito proceder”.

Lo anterior, a su vez, permite poner en evidencia, de un lado, que el libelista simplemente utiliza el recurso de casación para reeditar la argumentación ensayada en las instancias, pues visto está que ya la había pregonado al impugnar el fallo y, de otra parte, que con tal presentación ignora que la sentencia arriba a la Corte precedida de la doble presunción de acierto y legalidad, por tanto, como no demuestra la presencia de error trascendente alguno con capacidad para desvirtuar esa doble presunción, tal postura se opone a los principios que gobiernan el recurso extraordinario, en especial a los de crítica vinculante, por cuyo medio se exige una alegación fundada en las causales previstas taxativamente por la normatividad vigente y el cumplimiento de determinados requisitos de forma y contenido, de acuerdo con la causal seleccionada y, el de sustentación suficiente, según el cual la demanda debe bastarse a sí misma para provocar la anulación del fallo.

La precariedad argumentativa por igual se refleja al reclamar el reconocimiento de la duda a favor del procesado, pues al limitarse a señalar que “no está claro” que la conducta de éste estructure los delitos por los que se le acusó, o que hay “prueba que afirma y prueba judicial que no afirma”, ello en modo alguno se compadece con la obligación que le asistía al censor de precisar, una vez examinada de forma integral la prueba, porqué no era posible eliminar el estado de incertidumbre, tarea que ni siquiera deja esbozada.

Así las cosas, las dos primeras censuras se inadmitirán.

Tercer cargo:

Conforme quedó expuesto anteriormente, la formulación de una censura donde se denuncie la violación indirecta de la ley sustancial, como aquí también se propone, exige la identificación y demostración de la efectiva existencia de errores de hecho o de

derecho en la apreciación de las pruebas, en orden a desvirtuar la presunción de acierto y legalidad con la que el fallo impugnado arriba a la Corte con ocasión del recurso de casación.

Esa especial carga argumentativa es desatendida completamente por el censor, por cuanto escasamente hace referencia a que en este caso se cumple el requisito objetivo del quantum de la pena para acceder a la prisión domiciliaria e, igualmente, que su asistido cuenta con arraigo y que carece de antecedentes; de manera que no señala los errores de apreciación probatoria que llevaron a que en la sentencia no se concediera aquella pena sustitutiva.

Esa falencia también conduce a que en modo alguno dedique espacio a demostrar que concurrían todos y cada uno de los presupuestos previstos en el artículo 38 del Código Penal y a pesar de ello no se otorgó la prisión domiciliaria.

Una inconsistencia adicional se identifica, por cuanto si en la sentencia se expresó que la normatividad vigente "ha consagrado una serie de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, ente ellos los normados en los artículos 63 y 38 del Código Penal", y a renglón seguido se menciona que no es posible conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena por razón de que la impuesta al inculcado es mayor de tres años, tras lo cual se analizó el aspecto subjetivo y se afirmó que el enjuiciado se aprovechó del cargo directivo que desempeñaba en la entidad ofendida para perjudicar los intereses de la sociedad, de manera que se determinó no conceder el referido sustitutivo de la pena u otro; conclusión respecto de la cual el actor guarda silencio, esto ratifica que simplemente presentó su punto de vista sin que en verdad se ocupara de revelar la violación indirecta de la ley sustancial que denuncia.

Por consiguiente, el cargo se inadmitirá.

Demanda allegada en representación de José del Carmen Aya Moreno

Cargo único:

Debido a que en esta censura se acude a la causal tercera de casación, bajo el argumento de que se erró en la calificación jurídica de los hechos, de manera que de corregirse tal yerro cambiaría la competencia y de allí que sea necesario declarar la nulidad de la actuación; ello obliga a recordar que si bien ese tipo de defectos deben postularse por la causal aludida, por igual han de desarrollarse de acuerdo con los predicados propios de la primera.

Precisado lo anterior, se observa que el defensor, para dar sustento a su reproche, desconoce la realidad procesal, la ley y la jurisprudencia decantada de esta Sala.

En efecto, en primer término, contrario a lo sostenido por el libelista, en modo alguno se atribuyó la calidad de servidor público al procesado, pues cabe mencionar que en la resolución acusatoria y luego en la sentencia, se le imputó la condición de interviniente en los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

De otra parte, como el censor simplemente aduce que las referidas conductas punibles no se estructuran en el sub iudice, por cuanto el enjuiciado no ostentó la calidad de servidor público, por lo cual afirma que los hechos demostrados en realidad se adecuan al delito de abuso de confianza calificado, es evidente que con tal presentación desconoce por completo los principios de crítica vinculante y razón suficiente que gobiernan el recurso de casación, pues no ofrece el soporte necesario para respaldar sus muy personales conclusiones. Presentación que además es profundamente contradictoria, vista la realidad que arroja el proceso.

En efecto, si como se viene de señalar, el encausado fue llamado a juicio como interviniente, pierde sentido asegurar que en el caso particular no fungió como servidor público, pues precisamente al acusarlo como aquí se recuerda, es porque se reconoció

como particular frente a los delitos señalados, los cuales, como se sabe, exigen de un sujeto activo calificado.

Pero más allá de la inocuidad de la crítica que se viene de comentar, se tiene que el actor, sin referente fáctico alguno que lo apoye, arriba a la conclusión de que se está ante un abuso de confianza calificado, ignorando por completo que la prueba recolectada en modo alguno demostró, como lo exige este tipo penal, que el inculpado se apropió de cosa mueble ajena que se le confió o entregó a título no traslativo de dominio, pues, por el contrario, los distintos medios de convicción señalan que a través de una contratación irregular, junto con un servidor público, se apoderó de fondos de una empresa municipal.

Ahora, el criterio de autoridad que cita² el censor en sustento de su muy particular visión, se opone totalmente a su pretensión, pues allí, en síntesis, se expresa que si no se transfieren funciones públicas al particular, en modo alguno es posible predicar la condición de servidor público, situación que es precisamente la que se presenta en el sub judice, en tanto el acusado sencillamente contrató con la Empresa de Servicios Públicos de Flandes una capacitación.

Por ende, esta censura también se inadmitirá.

Finalmente, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de la misma, posición de los impugnantes dentro del proceso e índole de la controversia, no se encuentra violación de garantías fundamentales de incidencia sustancial ni procesal que deban ser protegidas oficiosamente y conduzcan a superar los defectos de las demandas para conocer de fondo el asunto.

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

RESUELVE:

INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de Hernando Aldana Mendoza y José del Carmen Aya Moreno.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 2010, radicación No. 31986.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 2010, radicación No. 31986.