

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP3289-2016

Radicación N°47569

(Aprobado Acta No.160)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de ANA MANUELA ESPITIA SOTO contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 16 de septiembre de 2015, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad el 24 de marzo de 2011, que condenó a la procesada por el delito de peculado por apropiación.

Hechos

En el año 2001, GIANCARLO MANCUSO GÓMEZ, en condición de representante legal y agente liquidador de la empresa ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA S.A.E.S.P., formuló denuncia penal ante la fiscalía, después de que varios usuarios del servicio de energía presentaran reclamos porque sus pagos no aparecían registrados en los recaudos de la empresa. Realizadas las indagaciones preliminares se estableció que entre 1998 y 1999, varias facturas, por valor total de \$13'501.401.00, que aparecían

con el sello de haber sido canceladas en la caja 1 de ELECTROCORDOBA, a cargo de ANA MANUELA ESPITIA SOTO, no aparecían reportadas en los arqueos ni en los movimientos de caja de la empresa.

Actuación procesal relevante

1. La fiscalía inició investigación por estos hechos, vinculó al proceso mediante indagatoria, entre otros, a ANA MANUELA ESPITIA SOTO, y el 15 de noviembre de 2005 calificó el sumario con resolución de acusación en su contra por el delito de peculado por apropiación. Esta decisión fue apelada por la defensa y confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal el 22 de septiembre de 2006.¹

2. Rituado el juicio, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, mediante sentencia de 24 de marzo de 2011, condenó a ANA MANUELA ESPITIA SOTO a la pena principal de 72 meses de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autora responsable del delito imputado en la acusación.²

3. Este fallo fue notificado y declarado ejecutoriado el 6 de abril de 2011, pero años después, en virtud de una acción de tutela promovida por la procesada, quién demandó protección del derecho fundamental al debido proceso por no haber sido enterada de la decisión, el Tribunal Superior de Montería, Sala Constitucional Ad Hoc, mediante providencia de 21 de julio de 2014, decretó la nulidad de los actos de notificación y ordenó reponer la actuación y cancelar la orden de captura.³

4. En el nuevo trámite de notificación de la sentencia de primera instancia, la defensora de ANA MANUELA ESPITIA SOTO interpuso en su contra recurso de apelación, pero el Tribunal Superior de Montería, mediante pronunciamiento fechado el 16 de septiembre de 2015, mantuvo en su integridad el fallo impugnado.⁴ Inconforme con esta decisión, la defensa recurre en casación.

La demanda

Contiene tres cargos. Dos con fundamento en la causal prevista en el numeral primero, cuerpo primero, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación directa de la ley sustancial, y uno de nulidad al amparo de la causal enlistada en el numeral tercero ejusdem.

Cargo primero

Sostiene que los fallos desconocieron los artículos 6°, 9° y 31 del Código Penal, que definen, en su orden, el principio de legalidad, la conducta punible y el concurso de conductas punibles, al tomar las sumas de dinero de las cuales se apropió la procesada como un solo valor y un solo delito, y aplicarle la pena prevista en el inciso primero del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, en lugar de la establecida en el inciso segundo ejusdem.

Asegura que esta decisión constituye una auténtica vía de hecho, porque desconoce que se estaba frente a un concurso material homogéneo de peculados, del que hicieron parte veinte acciones penales distintas, correspondientes a los veinte movimientos detectados por el Cuerpo Técnico de Investigaciones, y no frente a una sola conducta punible, por valor de \$13'501.401.00, como lo dedujeron juzgadores.

Argumenta que el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, que define el delito de

peculado por apropiación, diferencia entre cuantías menores de 50 s.m.l.m.v., cuantías entre 50 y 200 s.m.l.m.v., y cuantías superiores de este monto, para efectos de la determinación de la pena a aplicar, y que los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época que sucedieron los hechos (1988 y 1989) ascendían a \$10'191.300 y \$11'823.000, respectivamente, valores que las conductas individualmente imputadas a la procesada no superan.

Advierte que ni la fiscalía, ni los juzgadores, plantearon la tesis del delito continuado, la cual "tampoco es aceptable en este momento porque no fueron debidamente estudiados en esos actos procesales (sic), ni se estructuran; de modo que, mal puede manejarse una sola cuantía a fin de tipificar la posible conducta punible de mi patrocinada conforme al inciso primero de los artículos 133 del Decreto Ley 100 de 1980 ó 397 de la Ley 599 de 2000".

Dice que si aceptara, en gracia de discusión, que su defendida es responsable, la fiscalía y los juzgadores debieron acusar y condenar por el delito de peculado por apropiación, en concurso material homogéneo, lo cual, dada la cuantía de cada delito, imponía aplicar la pena prevista en el inciso segundo del artículo 133, que va de un (1) año y seis (6) meses a siete (7) años y seis (6) meses de prisión.

Pide, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada, con el fin de que se condene por un concurso de delitos de peculado, y se aplique la pena prevista en el inciso segundo del citado artículo 133.

Cargo segundo

Sostiene que el tribunal violó la ley sustancial al condenar a su representada como autora, porque ésta no tenía la condición de servidora pública exigida para la tipificación del delito de peculado por apropiación, sino solo la de interviniente,

conforme a lo previsto en el inciso cuarto del artículo 30 del Código Penal.

Explica que su representada fungía como cajera de la empresa ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA, siendo empleada particular de la firma SERVIPERSONAL, y que las funciones que desarrollaba en dicha condición eran netamente materiales, sin que se le trasladaran funciones públicas, o variaran sus condiciones administrativas, lo cual, conforme a los precedentes de esta Sala, le daría la calidad de interviniente.

Cita apartes de las decisiones de 24 de noviembre de 2010 (radicación 34253), y 2 de septiembre de 2013 (radicación 34282), donde se alude a las condiciones que el particular debe cumplir para que pueda quedar cobijado con la investidura de servidor público, y al concepto de interviniente, y afirma que en el caso hipotético que la procesada sea autora, lo sería en condición de interviniente, por lo que sería aplicable la rebaja de pena prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal.

Cargo tercero

Afirma que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad porque para la fecha de su proferimiento la acción penal se encontraba prescrita, y que los juzgadores dejaron de aplicar, en consecuencia, los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, con afectación del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Manifiesta que la prescripción, de acuerdo con estas normas, opera en un lapso igual al máximo de la pena fijada en la ley para el respectivo delito, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20). Y que este término se interrumpe con la resolución de acusación ejecutoriada, debiendo empezar a correr de nuevo, sin que pueda ser menor de cinco (5) años ni mayor de diez (10).

Argumenta que el delito de peculado por apropiación se encuentra sancionado, de

acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 133 del Código Penal, con pena de prisión de un (1) año y seis (6) meses a siete (7) años y seis (6) meses. Que de acuerdo con esta pena, la prescripción en el juicio sería de seis (6) años y ocho (8) meses, teniendo en cuenta el incremento, si se quiere, de servidor público, los cuales, contados a partir del 6 de octubre de 2006 (sic), fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, se habrían cumplido mucho antes del proferimiento de la sentencia de segunda instancia.

Agrega que adelantar un juicio después que el Estado ha perdido su potestad sancionatoria por prescripción de la acción penal, constituye una clara violación a las garantías constitucionales sobre su legalidad, que afecta el debido proceso, razón por la que pide a la Sala casar el fallo recurrido y decretar la cesación de todo procedimiento en favor de su representada.

SE CONSIDERA

La Sala inadmitirá el primer cargo de la demanda por ausencia de interés y los dos restantes por no cumplir las exigencias mínimas de orden formal requeridas para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial necesarios para la realización de los fines del recurso. Por separado analizará cada uno de los cargos propuestos.

Cargo primero

Reiterados han sido los pronunciamientos de la Sala en los que ha dicho que la casación se rige por el principio de unidad temática, que exige como condición para acceder a esta impugnación extraordinaria, (i) que el recurrente haya apelado la sentencia de primera instancia, y (ii) que exista identidad temática entre las pretensiones de la apelación y las pretensiones del recurso de casación (CSJ AP937-2016, 24/02/2016, radicación número 47366; CSJ, AP6426-2015, 28/10/2015, radicación número 46736;

CSJ AP4457-2015, 05/08/2015, radicación número 44229, entre otras).

Lo anterior, porque si el tribunal no se pronunció sobre el aspecto que motiva la casación, por no haber sido apelado, el recurso carecerá de objeto, dado que estaría orientado a denunciar un error en la definición de un tema que el juzgador no tuvo la oportunidad de estudiar, pero además, por ausencia de interés de la parte, por haber guardado silencio frente al punto que impugna.

En el cargo que se estudia, el casacionista cuestiona el hecho que los juzgadores le hubieran imputado a la procesada la comisión de un solo delito de peculado por apropiación, en cuantía de \$13'501.401, y no un concurso homogéneo sucesivo de delitos, en cuantías menores, inferiores cada una de ellas a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Revisada la actuación procesal se establece que este aspecto no fue impugnado por la defensa en la apelación de la sentencia de primera instancia, ni estudiado por el tribunal en el fallo cuya legalidad se cuestiona, justamente por no haber sido objeto de impugnación, y que los temas de la apelación giraron alrededor únicamente de la condición de servidora pública de la acusada y la prescripción de la acción penal.

Esta realidad procesal determina que la censura deba inadmitirse por falta de interés, por no existir identidad entre su contenido y los temas de la apelación de la sentencia de primera instancia, y adicionalmente a ello, por ausencia de objeto, en razón a que el tribunal no se pronunció sobre el punto que el casacionista impugna.

Cargo segundo

En este reparo el demandante sostiene que la señora ANA MANUELA

ESPITIA SOTO no tiene la condición de servidora pública porque su vinculación a la electrificadora se realizó a través de una empresa privada, y que siendo así no podía ser autora del delito de peculado, sino, a lo sumo, interviniente.

Confrontada la sentencia de segunda instancia se establece que el tribunal dedicó amplio espacio al estudio de este tema, y que en su desarrollo analizó (i) la naturaleza jurídica de la empresa ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA, (ii) el contenido de la normatividad relacionada con el punto, (iii) el concepto de servidor público, (iv) los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema sobre el particular, (v) la naturaleza contractual del vínculo mediante el cual la procesada se incorporó a la ELECTRIFICADORA, y (vi) las funciones que entró a cumplir en la empresa.

Sobre estos razonamientos el casacionista nada dice. Simplemente se limita a negar la condición de servidora pública de la procesada con el argumento de que su vinculación se realizó a través de una empresa privada y que solo cumplía funciones materiales, sin explicar por qué las argumentaciones que llevaron al tribunal a la conclusión contraria son erradas, o porqué desconocen el ordenamiento jurídico.

Estas deficiencias argumentativas dejan la acreditación de la censura en el vacío, porque si la casación tiene por objeto el control constitucional y legal de la sentencias de segunda instancia, cualquier cuestionamiento por estos motivos debe necesariamente partir de la confrontación de su contenido, y orientarse a explicar por qué sus fundamentos son equivocados, y por qué contrarían el marco legal o constitucional, labor que el demandante no cumple.

Aunque esto sería suficiente para inadmitir el cargo, considera la Sala pertinente precisar que los argumentos expuestos por el casacionista, en el sentido de que la señora ANA MANUELA ESPITIA SOTO no puede ser considerada servidora pública porque solo cumplía labores materiales, no consultan el sentido y alcance de los

precedentes que cita, ni la realidad procesal.

El argumento central de la línea jurisprudencial de esta Sala, es que si el contrato, cualquiera que sea, transfiere al particular el ejercicio temporal de una función pública, entendida por tal la que se inscribe en el ejercicio de la prestación de un servicio a cargo del Estado, el particular se equipara, por extensión, a un servidor público, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 20 del Código Penal y 56 de la Ley 80 de 1993, y lo decidido en la sentencia de la Corte Constitucional C-563/1998 (CSJ SP-15530, 11 de noviembre de 2015, radicación 44915),

«La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en sostener que cuando el contrato estatal, cualquiera que sea, transfiere al contratista particular el ejercicio temporal de una función pública, éste se equipara, por extensión, a un servidor público, y asume las responsabilidades propias de tal condición, acorde con lo dispuesto en los artículos 20 del Código Penal y 56 de la Ley 80 de 1993, y en la sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 1998.

«En sus innumerables pronunciamientos sobre el tema ha explicado que lo que transfiere al particular la condición de servidor público no es el vínculo contractual, sino la naturaleza de la función que le es asignada, la cual tiene que ser pública, entendida por tal la que se inscribe en el ejercicio de la prestación de un servicio a cargo del Estado (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, casación 27477; CSJ AP, 30 de octubre de 2008, colisión 30720; CSJ SP, 14 de diciembre de 2011, casación 35121; CSJ AP, 29 de agosto de 2012, casación 38695; CSJ SP7759-2014, 18 de junio de 2014, casación 41406; CSJ SP12019-2015, 9 de septiembre de 2015, casación 45898, entre otras)».

Esto despeja cualquier duda que pudiera presentarse en torno de la situación de la señora ANA MANUELA ESPITIA SOTO, pues las pruebas allegadas al proceso muestran con

toda claridad que la ELECTRIFICADORA DE CÓRDOBA era una empresa de servicios públicos mixta, en la que el Estado tenía aportes superiores al 50%, dedicada a la prestación del servicio público de energía, y que las labores de recaudo que la procesada entró a cumplir hacían parte del engranaje propio de actividades que la empresa debía realizar para el cumplimiento de sus fines.

Tercer cargo

El recurrente sostiene, en lo esencial, que la sentencia de segunda instancia se dictó hallándose la acción penal prescrita, porque para entonces habían corrido más de seis (6) años y ocho (8) meses, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación, que es el tiempo requerido para su consolidación si se tiene en cuenta que el inciso segundo del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 sanciona el peculado por apropiación con pena máxima de siete (7) años y seis (6) meses de prisión.

Este reproche se sustenta en una premisa falsa, porque ANA MANUELA ESPITIA SOTO no fue condenada por el delito de peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, descrito en el inciso segundo del citado artículo 133, sino por el peculado previsto en el inciso primero ejusdem, que adscribe pena privativa de la libertad de seis (6) a quince (15) años.

Siendo así, el término de prescripción en el juicio no es de seis (6) años y ocho (8) meses, como lo asume el libelista, sino de diez (10) años, que resultan de dividir a quince (15) años en dos y de incrementarle al resultado obtenido (7.5) una tercera parte (2.5), tiempo que solo se cumpliría el 22 de septiembre del año en curso.

Un ataque en los términos que el casacionista lo presenta, exigía demostrar, ante todo, que las conclusiones de los juzgadores de instancia en torno a la cuantía del ilícito eran equivocadas, y que la norma llamada a regular el caso era el inciso segundo del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, y no el inciso primero, pero la defensa no asume

esta carga demostrativa, y la Sala no advierte que en dicha labor de selección normativa los juzgadores hayan incurrido en desaciertos.

Decisión

Visto, entonces, que la demanda no cumple los requisitos mínimos de orden formal ni sustancial exigidos para su selección a estudio, se la inadmitirá a trámite y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que la Sala esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de ANA MANUELA ESPITIA SOTO.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 95, 205-207, 258-262 del cuaderno original No.1 y 8-14 del cuaderno de la Delegada.

2 Folios 353-360 del cuaderno original No.1.

3 Folios 372-389 del cuaderno original No.1.

4 Folios 5-23 del cuaderno del Tribunal.