

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP7258-2014

Radicación N° 39487

Aprobado Acta N° 407

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Sala acerca de la admisión de la demanda de casación presentada por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales, reconocido como Parte Civil, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó la emitida en forma anticipada en el Juzgado Quinto Penal del Circuito, contra HERNÁN MANUEL PULGAR SEVERICHE por el delito de peculado por apropiación, en calidad de determinador.

I. HECHOS Y SÍNTESIS PROCESAL

1. Mediante documentos falsos el 31 de octubre de 2007 se inició en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barranquilla un proceso ejecutivo contra el Instituto de los Seguros Sociales (ISS), obrando como demandante la Clínica Santísima Trinidad S.A., entidad jurídica inexistente, trámite en cuyo desarrollo y con la

probable connivencia de personal del citado despacho, fueron embargados dineros del aludido organismo en cuantía de \$864'393.312, los cuales fueron entregados por órdenes de pago de depósitos judiciales, una emitida el 18 de diciembre del mismo año por \$432'196.656 a favor del presunto abogado (Guillermo Enrique Pérez Igrío) que ficticiamente representaba a la accionada, quien los reclamó alegando exceso en la medida cautelar, y la otra el 26 de febrero de 2008 por igual monto y a favor del letrado a quien recientemente el actor le había sustituido poder, HERNÁN MANUEL PULGAR SEVERICHE¹.

2. Los referidos sucesos fueron denunciados el 10 de diciembre de 2008 por el verdadero representante legal del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), y a la investigación penal iniciada con ocasión de los mismos fueron vinculados mediante indagatoria, además del personal adscrito al Juzgado Tercero Civil Municipal de Barranquilla, Edgardo (o "Eduardo") Castro de Palma —nombre de quien figuraba como demandante—, Guillermo Antonio Bermúdez García —nombre del primer abogado que supuestamente representaba al ISS—, Guillermo Enrique Pérez Igrío y HERNÁN MANUEL PULGAR SEVERICHE, a quienes mediante resolución de 13 de septiembre de 2010 les fue resuelta de manera provisional la situación jurídica, en el sentido de abstenerse de afectar con cautela alguna a los dos primeros, e imponer a los dos últimos detención preventiva como medida de aseguramiento en calidad de probables autores determinadores del delito de peculado por apropiación².

3. Luego de lo anterior, tras recibir el 8 de noviembre de 2010 ampliación de indagatoria a PULGAR SEVERICHE en la que expresó su voluntad de acogerse a la figura de sentencia anticipada, en la misma fecha se adelantó con el funcionario instructor diligencia con tal finalidad en la que se reiteró la atribución contra aquél como determinador del delito de peculado por apropiación en cuantía de \$432'196.656, cargos que el procesado, asistido por su defensor, aceptó sin restricciones, y con base en ello la Fiscalía ordenó ruptura de la unidad procesal para

continuar la investigación respecto del citado por los delitos de falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado³.

4. El 1º de diciembre de 2010, atendida la aceptación de cargos de PULGAR SEVERICHE, el titular del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla aprobó la respectiva imputación y dictó contra éste sentencia condenatoria como determinador del delito de peculado por apropiación; en tal virtud le impuso las penas principales de sesenta y seis (66) meses de prisión y multa en cuantía de quinientos setenta (570) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad, y lo gravó con la obligación de pagar los perjuicios estimados en \$432'196.656; además le negó los subrogados penales⁴.

5. De la expresada providencia apelaron el defensor del condenado y el apoderado del ISS, constituido en Parte Civil, y el 6 de febrero de 2012 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió la alzada en el sentido de confirmar integralmente el pronunciamiento impugnado, fallo de segundo grado respecto del cual el sujeto procesal últimamente aludido (ISS), en tiempo interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación⁵.

II. LA DEMANDA

6. La apoderada judicial del Instituto de Seguros Sociales propone dos cargos por violación directa de la ley sustancial, cuyos respectivos fundamentos se resumen como sigue.

6.1. Sostiene, en primer lugar, que los juzgadores incurrieron en falta de aplicación de las circunstancias genéricas de agravación previstas en el artículo 58, numeral 1º y 10, de la Ley 599 de 2000, toda vez que, de una parte, los dineros de los que se apropió el procesado estaban destinados a la satisfacción de necesidades básicas de la

colectividad; y de otra, en la ejecución del respectivo obrar delictivo aquél actuó en coparticipación criminal con terceras personas.

Asegura la libelista que las referidas causales de mayor punibilidad la Fiscalía General de la Nación las “imputó fáctica y jurídicamente al condenado” en la diligencia de aceptación de cargos, situación que entiende es así al resultar innegable la naturaleza jurídica y servicios que presta el ISS, y por la específica forma de participación criminal atribuida al encausado, de la que fluye incontrovertible que actuó en forma mancomunada con más personas.

Concluye que el vicio fue trascendente porque de haber sido aplicadas las dos circunstancias obviadas del precepto en cuestión, la tasación de la sanción por obligación legal se habría verificado en los cuartos medios, y no en el mínimo, como lo hizo el a-quo, avalado por el Tribunal, razón por la que solicita casar parcialmente la sentencia impugnada para corregir el yerro alegado.

6.2. En segundo lugar, aduce que los falladores incurrieron en aplicación indebida de la rebaja de pena consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, al conceder al procesado un descuento del cuarenta por ciento (40%) de la sanción individualizada, el cual asegura no es proporcional y razonable frente a los derechos que le asisten al ISS como víctima.

Transcribe un fragmento de jurisprudencia en el que esta Corporación reconoce la aplicación favorable de la citada norma, y señala que “esa posición hoy día debe ser revisada y modificada, pues no solo contraviene los derechos de las víctimas a que se haga justicia y se propugne por una efectiva reparación de los daños causados, sino que además envía un mensaje errado al colectivo como es que quien pretenda defraudar el Patrimonio del Estado, tranquilamente puede acudir a los mecanismos de justicia negociada sin que ello implique para éste, desde el punto de vista patrimonial, alguna

contraprestación en su contra”.

Agrega que la aplicación del citado precepto sin condicionar el correspondiente beneficio como lo prevé el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, a una garantía de reparación de quienes resultaron afectados con la conducta punible, “es una interpretación que desconoce no solo el espíritu de la norma, sino el mismo procedimiento penal, en cuanto a la importancia y protección de los derechos de las víctimas”.

Por lo anterior solicita casar parcialmente la sentencia atacada en el señalado aspecto, con el fin de negar al procesado “el beneficio establecido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, porque en el presente asunto no se dio cumplimiento al artículo 349 de la misma normatividad”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7. De manera reiterada ha dicho esta Sala que, en cualquier régimen, la casación atiende a unos fines superiores cuales son la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia censurada, la incolumidad del derecho material y de las garantías fundamentales de los intervinientes en la actuación, y la unificación de la jurisprudencia.

Empero, con el mismo énfasis ha puntualizado que ello de ninguna manera significa que la naturaleza de este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor, y que tenga como objetivo abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de los puntos que han sido materia de controversia, pues al proponer el recurso el censor debe sujetarse a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento procesal, y con observancia de los presupuestos de lógica y argumentación inherentes a cada motivo extraordinario, persuadir a la Corte de que a raíz de la decisión cuestionada urge hacer efectiva alguna de aquellas finalidades.

Tales exigencias no rinden tributo a un insustancial formalismo, sino que guardan

armoniosa dependencia con el carácter restringido de este instrumento de impugnación extraordinario, en cualquiera de sus modalidades, en el que la pretensión de examinar la legalidad y constitucionalidad del fallo atacado no puede quedar comprendida en un escrito de libre factura, sino que, por el contrario, debe estar respaldada por un contenido mínimo de claridad y coherencia que permita entender los vicios denunciados, así como la identificación de sus consecuencias.

En el presente asunto, los dos reproches expuestos en la demanda no serán admitidos, de acuerdo con las razones que a continuación se puntualizan.

8. En las dos réplicas la demandante expresamente invocó la violación directa de la ley sustancial (Ley 600 de 2000, artículo 207, numeral 1, cuerpo primero), vía de cuestionamiento en la que, como es de pacífico conocimiento, quien acude a la misma está en la obligación de aceptar sin reparos la situación fáctica declarada y la valoración probatoria plasmada en el fallo, como quiera que su única y trascendental carga es desarrollar, sobre la base de aquellos aspectos, una crítica de estricto orden jurídico dirigida a demostrar que en la declaración de justicia expresada se incurrió en uno de los siguientes desaciertos:

i) Falta de aplicación o exclusión evidente, lo cual suele presentarse, por regla general, cuando el funcionario yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la considera en el caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que comete un error acerca de su existencia o validez en el tiempo o el espacio.

ii) Aplicación indebida, vicio que consiste en una desatinada selección del precepto. El error se manifiesta por la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto, ya que los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con las hipótesis condicionantes de aquél.

iii) O por interpretación errónea, caso en el cual el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al suceso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

Aquí es pertinente aclarar que en el proceso intelectual que adelanta el juez al analizar las normas que empleará para solucionar la controversia, es posible que por una equivocada hermenéutica termine por seleccionar y aplicar una que no corresponde, o por excluir la que en efecto está llamada a regular el caso, pero en tales eventos el vicio que se materializa no es “interpretación errónea”, sino el que finalmente comete al pronunciar el fallo, esto es, aplicación indebida o falta de aplicación del respectivo precepto.

9. En el primer cargo por falta de aplicación de las causales genéricas de agravación punitiva previstas en el artículo 58, numeral 1º y 10, de la Ley 599 de 2000, la censora no acató la exigencia de aceptar sin cuestionamientos la situación fáctica declarada en los fallos, y en su pretensión en últimas lo que propende es por el desconocimiento del principio de congruencia, tal y como igualmente le respondió esa misma solicitud el ad-quem.

En efecto, el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación (cualquiera sea la actuación que la contenga), constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.

La precisión de la acusación impide al juez agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas en ella, so pena de infringir el denominado principio de congruencia integrado por la correspondencia entre lo imputado, lo juzgado y lo sentenciado.

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a un sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer.

Por su parte, respecto a las causales genéricas de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, superado como se encuentra el criterio de que su valoración es del resorte exclusivo del fallador al dosificar la pena, lo mismo que la distinción doctrinal entre “objetivas” y “subjetivas”, hoy por hoy existe consenso en la jurisprudencia en cuanto a que estas deben ser atribuidas en la acusación (se reitera, cualquiera se la actuación que la contenga) de manera expresa, tanto fáctica como jurídicamente sin que esto se traduzca en convertir en presupuesto de la imputación la enunciación numérica del texto legal, como quiera que para ello es suficiente la valoración objetiva y subjetiva de la circunstancia de mayor intensidad punitiva mediante raciocinios que no permitan la duda acerca de su atribución a efectos de que puedan ser consideradas en el fallo, ya que, de lo contrario, al computarlas el juzgador atentaría contra el principio de congruencia⁶.

En el caso analizado, como puede comprarse de manera fidedigna al consultar las precisiones consignadas en el acta de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada⁷, la cual hace las veces de acusación⁸, ni en los hechos ni en la calificación jurídica que de los mismos efectuó el funcionario instructor se plasmaron raciocinios claros, expresos e inequívocos de los cuales sin lugar a dudas se constata la intención del ente acusador de imputar los motivos de intensificación punitiva alegados por la recurrente, los cuales, como fluye de su disertación, obedecen a su particular criterio de interpretación de los sucesos.

Lo anterior es suficiente para concluir la inadmisión del comentado reproche.

10. Por último, en cuanto al cargo por indebida aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, el argumento es ambiguo, ya que, de una parte, los fundamentos propugnan es por una variación —no unificación—jurisprudencial del criterio pacífico y reiterado de esta Sala acerca de la aplicación favorable de la rebaja de pena señalada en la norma, frente a asuntos tramitados por la Ley 600 de 2000 en los que el procesado se acoja a la figura de sentencia anticipada reglada en su artículo 40; y de otra, las alegaciones derivan en una queja por falta de aplicación del artículo 349 del primer ordenamiento adjetivo citado, el cual condiciona la viabilidad de acuerdos o negociaciones en el llamado sistema de enjuiciamiento acusatorio, en los delitos en los que el sujeto activo ha obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, a que éste previamente reintegre el cincuenta por ciento y garantice el recaudo del remanente.

Dicho de otra manera, la actora no desarrolló un ejercicio crítico y jurídico para demostrar que frente a los supuestos fácticos declarados en las instancias resultaba ilegal la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, por inconsonancia o falta de armonía con los presupuestos condicionantes de dicho precepto.

Tampoco es acertado el discurso que intenta la censorsa acerca de la injusticia que implica para las víctimas la aplicación favorable del aludido precepto, pues como ella misma lo reconoce la decisión que en tal sentido adoptaron los juzgadores está soportada en un criterio jurisprudencial uniforme —no ambiguo— y reiterado por ésta Corporación, además que en el evento de que la Sala entrara a analizar el fondo de esa propuesta y, en gracia de discusión, hallara que le asiste razón a la libelista —sin que sobre advertir que su postura está sustentada en un criterio subjetivo—, tal decisión solo podría ser aplicable para casos futuros, pues en estricto rigor casacional no podría pregonarse que los funcionarios incurrieron en un garrafal error de selección normativa, por la potísima y elemental razón de que la declaración de justicia se apoyó en una interpretación jurisprudencial unánime y vigente al tiempo del fallo.

Finalmente, acerca de la falta de aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, como igual le fue respondido en sede de apelación, al comportar esa disposición un condicionamiento negativo en perjuicio del procesado, por mandato Constitucional (artículo 29) es improcedente la activación de tal precepto en el caso analizado ya que ello implicaría la vulneración flagrante de la garantía de favorabilidad.

11. En conclusión, como en la demanda analizada la memorialista no acreditó objetivamente vicios que dejen sin efecto la declaración de justicia pronunciada en la sentencia de segundo grado, la cual arriba a esta Sede ungida de la doble presunción de acierto y legalidad, la consecuencia procesal inmediata no puede ser otra que la inadmisión del respectivo líbello, por la manifiesta ausencia de requisitos para una adecuada fundamentación, al tenor de lo normado en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Lo anterior, de otra parte, no impide a la Sala precisar que no observa, con ocasión del

trámite procesal o del pronunciamiento atacado, violación de derechos o garantías de los sujetos procesales, como para que se haga necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

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

RESUELVE:

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el apoderado judicial del Instituto de los Seguros Sociales, constituido en Parte Civil, contra el fallo de segunda instancia mediante el cual fue confirmada la condena impuesta a HERNAN MANUEL PULGAR SEVERICHE como determinador del delito de peculado por apropiación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

PRESIDENTE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Situación fáctica extraída de lo consignado en el auto con el que se definió la situación jurídica de los procesados, y en los fallos de primero y segundo grado (Cuaderno # 6, folios 37-68 y 228-237. Cuaderno del Tribunal, folios 20-31).

2 Cuaderno principal # 1, folios 1-130. Cuaderno principal # 3, folios 84-94, 102-115 y 133-140. Cuaderno principal # 4, folios 228-236, y Cuaderno principal # 6, folios 37-68.

3 Cuaderno principal # 6, folios 194, 206, 211-221 y 226-227.

4 Cuaderno principal # 6, folios 228-237 34, 35-48 y 57-66.

5 Cuaderno principal # 6, folios 261-277. Cuaderno del Tribunal, folios 20-31 y 46-66.

6 Cfr. Entre otras, sentencias del 30 de junio de 2004, Radicación N° 18874; 20 de abril de 2005, Radicación N° 21576; 31 de agosto de 2005, Radicación N° 23678; y 9 de febrero de 2006, Radicación N° 23750.

7 Cuaderno principal # 6, folios 216-221.

8 Ley 600 de 2000, inciso siete “El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado es equivalente a la resolución de acusación”.