

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP1038-2018

Radicación No. 49433

Acta 115

Bogotá, D.C., once (11) de abril dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de Andrés Fernando Bernal Ferrín, Faberth Romero García, Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar, Luis Enrique Imbachi Rubiano, Alberto de Jesús Hidalgo López, Bernardo Losada Henao y Javier Carabalí, contra la sentencia del 27 de junio de 2016, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la que en sentido condenatorio dictó el Juzgado 15 Penal de dicho circuito, el 19 de febrero del mismo año por el delito de peculado por apropiación.

ANTECEDENTES:

1. De conformidad con la reseña efectuada por el ad quem, “por fuente anónima llegó al conocimiento de la Fiscalía General de la Nación que en Emcali E.I.C.E. E.S.P., se estaban

presentando varias irregularidades relacionadas con la adjudicación de becas, razón por la cual se inició investigación disciplinaria a la cual fue remitido informe realizado por la empresa de consultoría Siglar Consultores S.A., quienes hallaron las siguientes inconsistencias:

1. Se revisaron registros de 920 becas cuyos destinatarios fueron para el funcionario o para su hijo.
2. Cincuenta y dos (52) solicitudes solo presentaron certificado de calificaciones originales, es decir, solo el 6% de las muestras revisadas.
3. Diecinueve (19) solicitudes que tenían certificados de calificaciones originales, presentaron la matrícula financiera o académica, es decir el 2% de las muestras revisadas.
4. Doce (12) solicitudes aparecían con certificados de calificaciones, con matrícula financiera, con matrícula académica y con el recibo de pago original, es decir, el 1% de las muestras revisadas.
5. Se hallaron ochenta y un (81) solicitudes pagadas sin evidencia de haber presentado el promedio de estudio, requisitos indispensables para definir el valor del reconocimiento, según promedio del semestre.
6. Cuarenta y seis (46) desembolsos se autorizaron por encima del valor que de acuerdo con el rendimiento académico debía haberse reconocido.
7. Se encontraron cuatro (04) beneficiarios con más de 25 años, edad límite para recibir el beneficio.
8. Diecinueve (19) desembolsos a estudiantes que no cumplían con los requisitos, tal como se demuestra con certificaciones de las universidades.

Con fundamento en esta información la Fiscalía Seccional dio inicio a la actividad investigativa y mediante informes periciales contables del 30 de octubre de 2006 y 29 de enero de 2007, concluyó (i) no existía soporte alguno que respaldara el pago de \$2.874.517.951, (ii) se realizaron pagos sin que el beneficiario de los mismos tuviera derecho por valor de \$301.834.199, y (iii) se realizaron pagos por un mayor valor al que tenía derecho el beneficiario por valor de \$197.546.258. En total fueron pagadas becas de forma irregular por valor de \$3.286.885.154.

A la investigación penal, por la apropiación de bienes de la administración municipal (beneficios educativos –becas de Emcali E.I.C.P. E.S.P.), se vinculó a tres grupos de personas: (i) Funcionarios pertenecientes al Departamento de Talento Humano de Emcali: Andrés Fernando Bernal Ferrín, Faberth Romero García y Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar, (ii) Funcionarios pertenecientes al Comité de Becas y Bienestar Laboral: Luis Enrique Imbachi Rubiano y Alberto de Jesús Hidalgo López. (iii) Empleados que a través de su nómina recibieron beneficios educativos sin soporte alguno, no tenían derecho a los mismos, no colmaban los requisitos exigidos para tal efecto o recibieron mayor valor del que les asistía: Bernardo Losada Henao, Ángela Patricia Montaña Pérez, Javier Carabalí, Diana Bolívar Jiménez, Javier Buchelly Rivas, Juan Carlos Girón Timarán, Blanca Cecilia Cardona González, Argenis Duque y Jhon Alexander Vargas Tovar”.

2. Con sustento en la anterior información la Fiscalía inició el 2 de agosto de 2006 una investigación previa, de manera que practicadas algunas diligencias abrió sumario el 3 de noviembre siguiente y vinculó al mismo, mediante indagatoria, a los funcionarios y empleados ya mencionados, a la vez que en Resolución del 12 de noviembre de 2008 afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva a los servidores del Departamento de Talento Humano Andrés Fernando Bernal Ferrín, Faberth Romero García, Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar y a Luis Enrique Imbachi, así como con Resolución del 16 de diciembre de ese año a Argenis Duque y Juan Carlos Girón Timarán.

3. Clausurada la instrucción se calificó su mérito el 11 de mayo de 2009, acusándose a todos los sindicados como coautores de peculado por apropiación; Bernal Ferrín también lo fue por el punible de falsedad documental y Faberth Romero por el de prevaricato por omisión.

Dado el recurso de apelación interpuesto contra dicho proveído la Fiscalía de segunda instancia lo confirmó el 31 de diciembre de 2009, precisando que la acusación por el punible de peculado por apropiación lo era a título de coautores respecto de los funcionarios del Departamento de Talento Humano (Andrés Fernando Bernal Ferrín, Faberth Romero García y Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar) y del Comité de Becas y Bienestar Laboral (Luis Enrique Imbachi Rubiano y Alberto de Jesús Hidalgo López), incluido Javier Carabalí, en su calidad de contador de dicho ente, mientras que en relación con los restantes funcionarios (Bernardo Losada Henao, Ángela Patricia Montaña Pérez, Diana Bolívar Jiménez, Javier Buchelly Rivas, Juan Carlos Girón Timarán, Blanca Cecilia Cardona González, Argenis Duque y Jhon Alexander Vargas Tovar), lo era a título de cómplices.

4. Se adelantó enseguida la correspondiente etapa de juzgamiento que concluyó en primera instancia con la sentencia del 19 de febrero de 2016; a través de ella el Juez 15 Penal del Circuito de Depuración de Cali condenó a cada uno de los acusados así:

4.1. Andrés Fernando Bernal Ferrín, 120 meses de prisión y multa de \$3.286'885.154,00, como coautor de peculado por apropiación en cuantía superior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales. A la vez fue absuelto por el delito de falsedad documental.

4.2. Faberth Romero García, 144 meses de prisión y multa de \$3.286'885.154,00, como coautor de peculado por apropiación en cuantía superior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales y autor de prevaricato por omisión.

4.3. Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar, 120 meses de prisión y multa de \$3.286'885.154,00, como coautor de peculado por apropiación en cuantía superior al equivalente a 200 salarios

mínimos mensuales legales.

4.4. Luis Enrique Imbachi Rubiano, 72 meses de prisión y multa de \$256'036.844,00, como coautor de peculado por apropiación en cuantía superior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales.

4.5. Alberto de Jesús Hidalgo López 72 meses de prisión y multa de \$256'036.844,00, como coautor de peculado por apropiación en cuantía superior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales.

4.6. Javier Carabalí, 80 meses de prisión y multa de \$25'640.000,00, como coautor de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales y superior a 50.

4.7. Bernardo Losada Henao, 40 meses de prisión y multa de \$24'080.000,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales y superior a 50.

4.8. Ángela Patricia Montaña Pérez, 24 meses de prisión y multa de \$7'834.000,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 50 salarios mínimos mensuales legales.

4.9. Diana Bolívar Jiménez, 36 meses de prisión y multa de \$12'785.850,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 50 salarios mínimos mensuales legales.

4.10. Javier Buchelly Rivas, 36 meses de prisión y multa de \$11'982.000,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 50 salarios mínimos mensuales legales.

4.11. Juan Carlos Girón Timarán, 48 meses de prisión y multa de \$41'083.332,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales y superior a 50.

4.12. Blanca Cecilia Cardona González, 18 meses de prisión y multa de \$4'108.000,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 50 salarios mínimos mensuales legales.

4.13. Argenis Duque, 48 meses de prisión y multa de \$58'392.990,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales y superior a 50 y,

4.14. Jhon Alexander Vargas Tovar, 36 meses de prisión y multa de \$32'140.433,00, como cómplice de peculado por apropiación en cuantía inferior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales y superior a 50.

5. Recurrida la anterior sentencia por la defensa de los acusados, el Tribunal Superior de Cali la confirmó mediante la proferida el 27 de junio de 2016, excepto en lo que hace a la multa impuesta a Juan Carlos Girón Timarán y Argenis Duque, la cual fijó en \$36'756.157,00 y 41'092.150,00, respectivamente.

6. A su turno, el anterior fallo fue recurrido en casación por los defensores de Andrés Fernando Bernal Ferrín, Faberth Romero García, Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar, Luis Enrique Imbachi Rubiano, Alberto de Jesús Hidalgo López, Javier Carabalí, Bernardo Losada Henao, Ángela Patricia Montaña Pérez, Diana Bolívar Jiménez, Javier Raúl Buchelly Rivas y Blanca Cecilia Cardona González, presentándose oportunamente, en su nombre, excepto Bernal Ferrín, las respectivas demandas.

Mientras se surtían los correspondientes traslados con ocasión de los recursos extraordinarios interpuestos, el Tribunal Superior de Cali, mediante auto del 16 de

septiembre de 2016, previa petición de la defensa, declaró prescrita la acción derivada del delito por el cual se acusó a Diana Bolívar Jiménez, Javier Buchelly Rivas y Ángela Patricia Montañó Pérez, a quienes en consecuencia les cesó todo procedimiento por tales hechos.

Lo propio aconteció con Blanca Cecilia Cardona González, según providencia del 19 de octubre de 2016 y con Faberth Romero García en auto del 27 de iguales mes y año, este procesado en relación exclusivamente con el delito de prevaricato por omisión, a consecuencia de lo cual se le redujo la pena privativa de la libertad a 120 meses, como coautor de peculado por apropiación en cuantía superior al equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales.

7. Dadas las circunstancias antes reseñadas y que en esas condiciones los recursos interpuestos en nombre de los favorecidos con la prescripción, así como en relación con el delito de prevaricato por omisión imputado a Romero García, carecían de objeto, la Corte admitió los libelos formulados en nombre de Faberth Romero García, en cuanto hacía al punible de peculado por apropiación, Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar, Luis Enrique Imbachi Rubiano, Alberto de Jesús Hidalgo López, Javier Carabalí y Bernardo Losada Henao.

LAS DEMANDAS:

1. La presentada en nombre de Faberth Romero García.

1.1. Causal tercera. En consideración del demandante la sentencia impugnada fue dictada en asunto viciado de nulidad, por:

1.1.1. Violación del principio de investigación integral al no haberse allegado certificación del Jefe de Gestión Humana de Emcali acerca de si en sus archivos existía o no una resolución mediante la cual se le delegara a Faberth Romero las funciones de tramitar y otorgar becas.

En el fallo impugnado, sostiene, se insiste en que el Gerente Administrativo delegó en Romero García la función de controlar y vigilar el proceso de beneficios educativos, que se encontraba a cargo de Andrés Bernal Ferrín, mas ello no es cierto toda vez que aquél nunca dictó un acto administrativo en el cual se delegara tal función, situación que se habría establecido con la certificación que se echa de menos pues con ella se habría determinado que Faberth Romero no tenía ninguna relación funcional con los dineros dedicados a las becas y por lo mismo que no tenía posibilidad de apropiarse de unos valores que no estaban material, ni jurídicamente bajo su responsabilidad.

1.1.2. Infracción al principio de investigación integral, por no adjuntarse, a pesar de haberse solicitado, el acta de posesión del Gerente Administrativo de Emcali, lo cual tenía por objeto hacer claridad en torno a que Faberth Romero carecía de relación funcional con los dineros apropiados y que ésta concernía precisamente a aquél funcionario como ordenador del gasto, por delegación del Gerente General.

Por dicha vía, añade, se habría establecido que por no tener Faberth Romero disponibilidad jurídica ni material sobre el presupuesto asignado a beneficios educativos, no podía incurrir, por sustracción de materia, en el delito de peculado por apropiación.

1.1.3. Vulneración del derecho de defensa en la medida en que la motivación de la sentencia recurrida es anfibológica, pues si bien la acusación en contra del procesado Romero García lo fue en calidad de coautor, los juzgadores de instancia se refieren a él en algunas ocasiones en tal condición, pero en otras lo califican como autor directo, o como miembro de una empresa criminal.

Dichos conceptos, además de que difieren entre sí, no concuerdan con la parte resolutive del fallo, mucho menos cuando en éste no se precisó el grado de participación del acusado, pues es un contrasentido sostener que una persona es autora directa de un delito y a la vez coautora de esa infracción, o que es concertado de una empresa criminal; la coautoría

supone una alianza, un acuerdo de voluntades, mientras que la autoría directa se refiere a quien realiza por sí mismo la conducta punible, lo cual revela que son conceptos irreconciliables.

Los efectos nocivos sobre el derecho de defensa y la tasación de la pena que dicha irregularidad acarrea son evidentes, si se considera que las circunstancias de mayor punibilidad referidas a la coparticipación criminal recaerían con más drasticidad sobre Romero García, lo mismo si se estima miembro de una empresa criminal para cometer delitos indeterminados, lo cual no sucedería si la conclusión es la de que actuó como autor directo.

1.1.4. Violación al debido proceso por cuanto la sentencia contiene una motivación aparente o sofística, toda vez que dejó de lado sustanciales elementos de convicción que socavan la estructura fáctica y jurídica del delito.

El Tribunal sostuvo que Faberth Romero se asoció con otros altos empleados para adjudicar becas irregularmente, pero a tal conclusión arribó sin valorar aquellas pruebas que daban cuenta de lo contrario, esto es, que el procesado era totalmente ajeno a esas actividades delictivas.

Tales medios de convicción fueron:

- a. Acta 003 de abril de 1991 del Comité de Becas en la cual se consigna que todas las funciones concernientes a su trámite y adjudicación concernían a la secretaria del Comité y por tanto, no al acusado Romero García.
- b. Diagrama de procesos en el cual consta que Andrés Bernal Ferrín era el encargado de responder en su integridad por lo relacionado con los beneficios educativos.
- c. Manual de funciones, en el que no aparece que se le haya asignado al Jefe de Talento

Humano alguna relacionada con el trámite y otorgamiento de becas; eso correspondía al Gerente Administrativo, mientras que la solicitud de disponibilidad presupuestal y el trámite respectivo se hallaba a cargo de Bernal Ferrín.

d. Formato de caracterización de procesos de adjudicación de becas donde consta que desde octubre de 2004 la función de tramitarlas y otorgarlas atañía a Bernal Ferrín, por delegación del Gerente Administrativo.

e. El cheque, la indemnización y la liquidación mediante las cuales Faberth Romero justifica el hecho de tener a su favor una cuenta por pagar por valor de \$57'844.123,00.

El Tribunal cree que este dinero, por no estar probada su causa legítima, pertenece a parte de lo apropiado por el acusado, pero no tuvo en cuenta que se acreditó que \$33'376.183,14 correspondían a la liquidación cuando dejó el cargo de Jefe de la Unidad Jurídica de la Asamblea del Valle, \$22'029.161,81 a indemnización por supresión de dicho cargo y el resto a parte de lo que recibía como salario y tampoco que dichas sumas le fueron pagadas mediante cheque del Banco de Bogotá.

Luego la cuenta por cobrar a favor del acusado, sí tenía una causa legítima porque se trataba de dineros recibidos como retribución laboral y ahorrados en el Fondo de Empleados de Emcali.

f. Corrección efectuada por la perito contable Amelia Oviedo en el sentido de no endilgar en ninguno de sus informes a Fabio Romero el manejo de recursos, como que con tal precisión se ratifica que el procesado no tenía a su cargo la administración de los beneficios educativos y por tanto, por sustracción de materia, mal podía apropiarse de los dineros de tal rubro.

g. Oficio del 3 de septiembre de 2010, en el cual Emcali certifica que hubo 363 devoluciones de dinero por concepto de becas por valor de \$748'271.000,00 y un desembolso de

Colseguros de \$289'300.000,00 por el mismo ítem, de modo que lo apropiado no fueron \$3.286'885.154,00, ni tampoco ese podía ser el monto de la indemnización por el cual se le condenó a Romero García.

Como el juzgador ignoró las anteriores pruebas que hacían evidente la inocencia del encausado y apoyó su decisión en otras que carecían de contundencia para condenar, tal motivación deviene así en aparente o sofística y por ende lesiva del debido proceso.

1.1.5. Infracción al debido proceso por ser incompleta la motivación del fallo impugnado habida cuenta que no se examinaron todos los caracteres estructurales del delito imputado, ni los de la responsabilidad penal del enjuiciado.

Así, calificado el procesado como coautor del peculado, omitió el juzgador argumentar en orden a probar un elemento estructural de dicha imputación: que Romero acordó actuar delictivamente con los restantes acusados.

El fallador dio por hecho, sin probarlo, que Faberth Romero convino con los otros procesados para esquilmar el erario, pero la prueba de ello no surge del proceso, ni de los razonamientos de la sentencia; emana a priori de la condición de ser jefe de Talento Humano. El Tribunal no probó la coautoría impropia, la supuso; y como tampoco pudo acreditar el acuerdo de voluntades optó por presumirlo; los elementos de la coautoría impropia no fueron probados en el expediente, ni el Tribunal hizo esfuerzo alguno por deducirlos mediante el uso del raciocinio.

1.1.6. Violación al derecho de defensa por no darse respuesta a las alegaciones del procesado, pues a través de sus defensores en el recurso de apelación se cuestionó sobre: la concreta acción de apoderamiento que se le atribuye; la asignación funcional en el reconocimiento, trámite y pago de auxilios educativos o en la vigilancia de Andrés Bernal Ferrín; la delegación de tales funciones a éste por parte del Gerente Administrativo; la aclaración por la perito contable acerca de que Romero García no manejó recursos y la

cuenta por pagar a favor del acusado, debidamente justificada; no obstante, ninguno de ellos fue respondido por el Tribunal y eso hace que la providencia tome un cariz arbitrario, lesivo del debido proceso en sus expresiones de defensa y contradicción.

1.2. Causal primera. Violación directa. En subsidio de los anteriores reparos acusa el censor la sentencia recurrida de violar directamente la ley, por error en la calificación jurídica de la conducta debido a una interpretación equivocada al artículo 397 del Código Penal, porque, dada la descripción típica del delito de peculado por apropiación no basta ostentar la condición de servidor público, sino que además se hace necesario que los bienes o dineros que éste administre se le entreguen por razón de sus funciones.

En este asunto, dice el censor, no existió esa relación entre Faberth Romero y los dineros destinados al otorgamiento de becas, pues dentro de las atribuciones asignadas al jefe de Talento Humano en la Resolución 0823 de mayo de 2004 no se halla la de participar o vigilar el trámite de aprobación, reconocimiento y pago de auxilios educativos; de otro lado, de acuerdo con el acta 03 del 24 de abril de 1991, tal función se atribuyó de manera exclusiva al analista administrativo de la entidad, Andrés Bernal Ferrín, mientras que en Resolución 5149 de octubre de 2004 el Gerente General de Emcali delegó la responsabilidad del otorgamiento de becas en el Gerente del Área Administrativa y éste a su vez hizo lo propio en Bernal Ferrín, quien dependía de la Gerencia Administrativa y no de la Jefatura de Talento Humano, luego era a aquella a la cual concernía controlar los actos del delegatario.

Ahora, a Faberth Romero le aparecían unos dineros a favor en su cuenta de Fegaemcali, pero el origen de los mismos fue debidamente justificado por corresponder a pagos laborales en tanto empleado de la Asamblea Departamental del Valle, luego si existía una cuenta por cobrar el motivo no era otro que haber consignado ese dinero fruto de su trabajo, en Fegaemcali.

Por tanto, la norma fue interpretada erróneamente en la medida en que Faberth Romero no tenía ninguna relación funcional con los dineros de Emcali destinados a becas, la prueba documental indica que esa función estaba asignada a Bernal Ferrín y aunque éste aparecía en la nómina del Departamento de Talento Humano, lo cierto es que en cuanto al trámite de los beneficios educativos dependía de la Gerencia Administrativa. En esas condiciones Romero García no podía ser acusado de cometer un delito de peculado por apropiación.

1.3. Causal primera. Violación indirecta. También de manera subsidiaria, acusa ahora la sentencia de infringir de modo indirecto la ley sustancial a causa de los siguientes errores de hecho:

1.3.1. Falso juicio de identidad por adición en la valoración del testimonio de Álvaro Pérez Sandoval, Gerente Administrativo de Emcali, de acuerdo con el cual Andrés Bernal era el encargado de todo el trámite y aprobación del otorgamiento de becas, mientras que Beatriz Velásquez tenía bajo su control la disponibilidad presupuestal, Ana Milena Ortiz, como directora de nómina, pagaba los beneficios y Faberth Romero, para el trámite definitivo de nómina, revisaba la documentación recopilada.

Sin embargo, el Tribunal sostuvo que Faberth Romero y no Andrés Bernal era la persona que tenía a cargo la aprobación final de las becas; que Faberth Romero y no Álvaro Pérez, Beatriz Velásquez y Ana Milena Ortiz, era quien tenía la disponibilidad jurídica y material de los dineros destinados a ese fin, de modo que, sin que lo hubiere afirmado dicho testigo, tales hechos fueron adicionados por el ad quem.

Esa tergiversación, afirma el libelista, le sirvió al juzgador para sostener que Romero García, por tener disponibilidad jurídica y material de los dineros, cosa que no dijo el testigo, fue coautor del delito materia de acusación.

Dado ese vicio, la prueba cuestionada debe ser retirada de la sentencia, de modo que al excluirla ésta pierde estabilidad y se abre así paso una decisión absolutoria.

1.3.2. Falso juicio de identidad por supresión, al estimarse el testimonio de Ana Milena Ortiz pues si bien ésta informó que cuando Andrés Bernal entregaba a la analista de nómina la documentación, era porque el trámite ya había sido autorizado previamente por Faberth Romero. El Tribunal no tuvo en cuenta otras atestaciones de acuerdo con las cuales el manejo del presupuesto de becas no era competencia del Jefe de Talento Humano sino de Beatriz Velásquez y el ordenador del gasto era el Gerente Administrativo; aunque Romero García era jefe de Andrés Bernal, éste era el responsable de las becas y en ese aspecto no dependía de aquél, sino de la Gerencia Administrativa.

De no haber ocurrido dicha supresión y empecinarse en sostener que Faberth Romero tenía responsabilidad física y material del presupuesto destinado a becas, el Tribunal habría determinado con base en el citado testimonio, que el control sobre esos recursos, por delegación de la Gerencia Administrativa, se hallaba en cabeza exclusiva de Andrés Bernal.

1.3.3. Falso juicio de identidad por supresión en la apreciación del testimonio de Ángela María Montaña, por cuanto la declarante asegura haber gestionado ante Andrés Bernal un auxilio educativo y éste le informó que debía entregar el correspondiente recibo cancelado para luego sí proceder al desembolso; esto significa que Faberth Romero no era el jefe funcional de Bernal ya que no le concernía revisar y aprobar las adiciones presupuestales para el otorgamiento de becas.

En esas circunstancias el Tribunal le agregó a la prueba un hecho que la misma no contiene, pues aquella informa que quien se encargaba de tramitar los auxilios educativos era Andrés Bernal y no Faberth Romero. En contra de esa evidencia el ad quem insiste en que quien debía revisar y aprobar las adiciones presupuestales para esos fines, era Romero García.

1.3.4. Falso juicio de identidad por adición en el análisis de la Resolución No. 5149 de octubre de 2004 expedida por el Gerente General de Emcali, ya que en ella se dispuso que los beneficios educativos de la entidad se administrarán, analizarán, adjudicarán y

aprobarán por parte de la Gerencia Administrativa a través del Departamento de Talento Humano.

El Tribunal sin embargo entendió que tales funciones se desarrollarían a través del Jefe de Talento Humano, lo cual difiere sustancialmente de lo dicho en ese acto administrativo mediante el cual el Gerente General delegó en el Administrativo las funciones señaladas y éste hizo lo propio en el Analista Andrés Bernal.

Lo anterior significa que Faberth Romero, como Jefe de Talento Humano o designado en el Comité de Bienestar Laboral, no tenía injerencia alguna en la adjudicación y pago de auxilios educativos, tampoco ejercía control sobre Bernal Ferrín, menos cuando éste era el usuario responsable dotado de clave secreta para acceder al sistema de adjudicación de becas y dependía funcionalmente de la Gerencia Administrativa, lo cual a su turno tiene su lógica porque nominalmente estaba adscrito al Departamento de Talento Humano.

De no incurrir en ese yerro el Tribunal habría admitido que Romero García no tenía disponibilidad física ni jurídica sobre los dineros de Emcali dirigidos al pago de becas y que por ende no podía ser vinculado a una apropiación ilícita de los recursos.

1.3.5. Falso juicio de identidad por supresión en el examen del testimonio de Beatriz Velásquez Durán, porque su información no fue solamente que Bernal Ferrín le solicitaba la disponibilidad presupuestal, sino que además indicó que éste era el responsable del trámite y otorgamiento de becas; que el ordenador del gasto era el Gerente Administrativo y que el Departamento de Talento humano, no el jefe de Talento Humano, era la oficina que determinaba a quién y cuánto se pagaba por beca.

Estos tres hechos dados a conocer por la testigo los pasó por alto el sentenciador, de lo contrario habría establecido que Romero García no tenía a su cargo el trámite y otorgamiento de auxilios, que tampoco era él el ordenador del gasto, ni quien determinaba la persona a favorecer con una beca y en qué cuantía, en consecuencia carecía de cualquier

compromiso penal.

1.3.6. Falso juicio de existencia por omitir valorar el Acta 003 del 24 de abril de 1991 del Comité de Becas de Emcali, donde consta que todas las funciones concernientes al trámite y adjudicación de becas le fueron asignadas a la Secretaria de ese comité, o sea que al Jefe de Talento Humano no se le atribuyó ninguna de tales funciones.

Es decir, materialmente la labor de conocer el trámite de esos beneficios la venía ejecutando el titular del cargo de Oficial de Becas, Andrés Bernal cuyo nombramiento y posesión se produjo en el año 2000, época para la cual Faberth Romero no trabajaba en Emcali.

La afirmación del Tribunal de que Romero García tenía funciones legales en materia de otorgamiento de beneficios educativos no corresponde a la realidad, tal como se extracta de la prueba dejada de apreciar. De haberse valorado dicho documento se habría determinado que no tenía en Emcali relación funcional concreta con la asignación de becas.

1.3.7. Falso juicio de existencia al dejarse de apreciar el Diagrama de Procesos, documento en el cual consta que Andrés Bernal era la persona encargada de responder en su integridad por lo relacionado con los beneficios educativos; luego, en contra de lo afirmado por el Tribunal, Faberth Romero no tenía a su cargo la administración de tales auxilios, ni por tanto una relación funcional con ese proceso, hechos que de haberse valorado por medio del examen de esta prueba no habrían permitido arribar a la certeza de un juicio de condena.

1.3.8. Falso juicio de existencia por no valorarse el informe sobre los fondos contables de Emcali, pues a pesar de que a Faberth Romero se le endilgó el delito de peculado por apropiación al haber pagado irregularmente becas por valor de \$3.286'885.154,00, no tuvo en cuenta el Tribunal que el omitido documento certificó que hubo 363 devoluciones correspondientes a becas por valor de \$784'271.000,00 y que Colseguros desembolsó \$289'300.000,00 por el mismo concepto.

En esas condiciones se habría dado cuenta el Tribunal que el monto de la condena en perjuicios materiales no podía coincidir con la primera suma reseñada, ni esa podía ser la cuantía del apoderamiento ilícito imputado.

1.3.9. Falso juicio de existencia por omitirse el examen del Formato 3 de Caracterización de Procesos de Adjudicación de Becas, en el que consta que desde octubre de 2004 Emcali mantuvo en cabeza de Bernal Ferrín la función de tramitar y otorgar becas. En ese instrumento el Gerente Administrativo delegó en Bernal Ferrín la función de recolectar documentos, tramitar, aprobar y otorgar los beneficios educativos; esto era así por ser el ordenador del gasto precisamente aquél.

No era por tanto Faberth Romero, como equivocadamente sostiene el Tribunal, la persona encargada de la aprobación final de las becas, ni quien tenía la relación funcional con el trámite y adjudicación de las mismas.

1.3.10. Falso juicio de existencia por no analizarse la liquidación laboral entregada a Faberth Romero luego de dejar su cargo en la Asamblea Departamental del Valle, así como la indemnización por supresión del cargo que ocupaba en esa entidad.

El Tribunal consideró que no había prueba alguna que justificase la existencia de \$57'844.123,00 a favor de Romero García en el Fondo de Empleados de Emcali y que así se acreditaba el apoderamiento ilícito reprochado al acusado, pero para eso dejó de valorar la liquidación laboral que por \$33'376.183,14 se produjo a favor del procesado por el tiempo que trabajó en la duma departamental, así como la indemnización que por \$22'029.161,81 se le reconoció cuando se suprimió el cargo que allí ejercía.

Luego, la suma a favor de Romero en el Fondo de Empleados sí tenía una causa legítima y no era producto de los dineros del Estado supuestamente apropiados.

Los dos valores le fueron pagados a través de cheque del Banco de Bogotá, por valor de

\$55'273.438,70, mientras que el excedente, esto es \$2'570.684,30 corresponden a parte de lo que el acusado percibía como salario.

Justificada por tanto la cuenta por cobrar a favor de Romero García en Fegaemcali, deja de constituir prueba de su responsabilidad penal lo deducido por el juzgador, pues en esas condiciones los dineros reseñados no son producto de un peculado por apropiación, sino de su trabajo.

1.3.11. Falso juicio de existencia por no valorarse el Auto 1600.20.07.10.165 dictado por la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, toda vez que en él se indicó que el daño objeto de investigación causado al patrimonio de Emcali, fue resarcido totalmente, razón por la cual se dispuso cesar la acción fiscal seguida, entre otros, contra Faberth Romero.

Por no apreciar este documento el Tribunal condenó al acusado a pagar perjuicios en suma de \$3.286'885.154,00 cuando en verdad ocurrieron devoluciones y desembolso de una aseguradora que sumaron \$1.037'571.000,00, lo cual repercutió negativamente no solo en la tasación de la pena, sino también en la estimación de los perjuicios a pagar, pues habrían concurrido circunstancias de menor punibilidad que obligaban a ubicarse en el primer cuarto de movilidad.

1.3.12. Falso juicio de existencia por no examinarse el testimonio de Francia Moreno en tanto da cuenta que quien hacía los contactos con las cooperativas para efectos de los auxilios educativos a sus afiliados, no era Faberth Romero Jefe de Talento Humano, sino Andrés Bernal.

Resulta un contrasentido sostener, como lo hace el Tribunal, que el acusado por el hecho de ser el Jefe del Departamento de Talento Humano, tenía la disponibilidad física y jurídica del dinero destinado a auxilios educativos, cuando el testimonio omitido informa que en todo lo relacionado con las becas a los afiliados de las cooperativas el contacto era con Andrés

Bernal, dado que éste era el exclusivo responsable de todo el trámite.

Por tanto la atestación de Francia Moreno habría contribuido a desligar al acusado de toda responsabilidad penal en la comisión del delito por el cual se le condenó.

1.3.13. Falso juicio de existencia por falta de valoración de los testimonios de Isabel Quintana, secretaria de la Gerencia Administrativa de Emcali y Carmenza Paz Gómez, directora de Control Interno, quienes ratificaron hechos no tenidos en cuenta por el juzgador, como que el responsable de todo el proceso de reconocimiento de becas era Andrés Bernal, adscrito a la Gerencia Administrativa pero dependiente de la oficina de Talento Humano.

Se reafirmó con estas declaraciones que Romero García no tenía injerencia alguna en ese proceso y que por ende no había fundamento probatorio para imputarle el delito por el cual se le sentenció.

1.3.14. Falso juicio de existencia por omitir valorar la certificación expedida por Juan Martín Mancera Espinosa, Jefe del Departamento de Gestión Laboral y Protección Social de Emcali, de acuerdo con la cual el Comité de Becas desapareció con la Convención Colectiva de Trabajo 2004-2008 firmada el 4 de mayo y con vigencia desde enero 1º del mismo año.

El procesado ingresó a Emcali el 23 de mayo de 2003, para esta fecha ya estaba reglamentado el proceso de auxilios educativos y desde entonces era la secretaria la autorizada para efectuar los trámites y reconocimientos respectivos, asignación que duró hasta octubre de 2004, cuando se expidió el Formato 3 de Caracterización del Procedimiento de Adjudicación de becas y se encargó de dicho asunto y de manera exclusiva al analista administrativo Andrés Bernal, quien fuera nombrado en el año 2000.

Luego es claro que Faberth Romero no tenía ninguna participación en ese trámite, su vinculación al Comité de Becas fue efímera, pues dicho ente desapareció al mes y cinco días

de su ingreso, por ende es imposible pensar que en tan breve tiempo haya tenido ocasión de manipular el otorgamiento de auxilios.

Con la Convención Colectiva 2004-2008 se acabó el Comité de Becas y nació el de Bienestar Laboral, pero éste no tenía como función el trámite y adjudicación de auxilios educativos.

Por tanto, la certificación omitida era necesaria para desvirtuar por razones cronológicas y funcionales que Faberth Romero no tuvo ninguna participación en el delito objeto de juicio.

1.3.15. Falso raciocinio en tanto se infringió el principio lógico de implicación respecto de la responsabilidad funcional de Faberth Romero en los cargos ocupados en Emcali, porque si bien aquél fue jefe de Talento Humano y participó en el Comité de Bienestar Laboral y fugazmente en el Comité de Becas, mal podía inferirse, según erradamente lo hizo el Tribunal, que ese solo hecho vinculaba al acusado como autor de la defraudación.

A la base del raciocinio del Tribunal se anida una falacia denominada de falsa presuposición, a través de la cual el juzgador pretende confirmar la esencia de lo que se cuestiona, dá por establecido, como si fuera evidente, que el hecho de haber formado parte de varias dependencias de Emcali lo convierte en responsable de la ilícita apropiación.

Lo correcto es que aunque Faberth Romero haya tenido relación con las dependencias, de ello no se deduce su participación en el delito. En esas condiciones el Tribunal rompió el nexo causal entre las premisas y la conclusión, todo lo cual significa que el ad quem llegó a la certeza sobre la responsabilidad del acusado, no por vía de la aplicación de las reglas de la sana crítica, sino de la corazonada o la arbitrariedad.

1.3.16. Falso raciocinio por infracción al principio lógico de implicación respecto de las funciones de Fegaemcali, ya que el Tribunal asegura que éste, de cuya junta directiva Romero García era su presidente, fue creado para desviar por su intermedio los dineros de las becas otorgadas por Emcali, juicio en el cual subyace también una falsa presuposición al

dar por hecho, como si estuviera confirmado, que el medio utilizado para el apoderamiento de esos recursos fue el citado fondo, presupone que éste fue creado con ese propósito cuando de la existencia de ese ente no es posible extraer la conclusión de que por su conducto se defraudó el patrimonio público.

Eso no fue acreditado por el juzgador, es apenas una afirmación sin fundamento que rompe la relación causal entre las premisas y la conclusión.

1.3.17. Falso raciocinio por vulneración del principio lógico de no contradicción en la medida en que el sentenciador, antes que examinar las pruebas bajo la sana crítica, se valió de una amalgama entre la misma y la íntima convicción, no obstante que son sistemas que se repelen, de suerte que no consideró que uno es el juicio de responsabilidad que se deriva de aplicar la segunda y otro el que resulta de valerse de la libre persuasión.

Así, a pesar de su anuncio de que iba a examinar las pruebas al tamiz de la sana crítica, lo cierto es que el Tribunal acudió a la íntima convicción, al palpito, al parecer personal, cuando no encontró soporte probatorio de la responsabilidad del acusado, lanzando suposiciones producto de su íntimo convencimiento. Esa mezcla entre racionalidad y arbitrariedad dio lugar a una sentencia de condena sin fundamentos definidos.

Si bien, dice el censor, el fallo se sustentó principalmente en tres soportes, cuales fueron la calidad de servidor público del procesado, la apropiación por su parte de unos dineros de Emcali destinados a becas y una cuenta de cobro a su favor en Fegaemcali por \$57'844.123,00 y no hay cuestionamiento alguno respecto del primero, no sucede igual con los restantes, pues por vía de la aplicación de la sana crítica, no es posible hallar la prueba cierta de que Romero García se haya apropiado de esos recursos mientras fungía como Jefe de Talento Humano. Ante esa imposibilidad el fallador tuvo que acudir a su íntima convicción, ya que a pesar de la prueba documental en contra que demostraba que el encargado de todo ese trámite era Andrés Bernal, su personal parecer fue el de que Faberth

Romero era quien ejercía tal función.

Igual aconteció con la cuenta de cobro referida, la cual el Tribunal consideró era producto del delito, no obstante que en contra de tal juicio arbitrario se allegaron pruebas documentales que demostraban el origen lícito de los respectivos dineros, en tanto producto de pagos laborales.

En las anteriores condiciones, al valerse el juzgador de un método de valoración distinto al de la libre convicción, produjo una sentencia carente de sustentos rigurosamente racionales, lo cual impone dictar un fallo de reemplazo.

1.3.18. Falso juicio de existencia por omisión de la prueba demostrativa del hecho indicador que sirvió de base para inferir la autoría y responsabilidad del acusado.

El sentenciador, sostiene el demandante, edificó tal prueba a partir de las funciones genéricas que concernían al Jefe de Talento Humano, cargo que lo ponía en condición de mando y superioridad sobre Andrés Bernal, de quien por tanto era su jefe; en esa misma condición le correspondía no solo proteger los dineros que le entregaban frente a la disponibilidad presupuestal, sino también respecto de algún desfalco o desvío, por eso tuvo que haberse dado cuenta de la defraudación porque no solamente era el Jefe de Talento Humano sino que hacía parte del Comité de Becas y de Bienestar Laboral y era el presidente de Fegaemcali, entidad esta creada precisamente para desviar los dineros. Faberth, también en palabras del fallador, como Jefe de Talento Humano, adscrito a la Gerencia Administrativa debía administrar adecuadamente los recursos a él asignados, incluidos los de beneficios educativos cuyo manejo le competía reglamentariamente.

Tales soportes del hecho indicador, a juicio del censor, están contruidos sobre errores de hecho por falso juicio de existencia derivado de omisión probatoria, especialmente de los medios de convicción de carácter documental, así:

a. La Resolución No. 823 del 20 de mayo de 2004 no le confía al Jefe de Talento Humano de modo específico la administración de recursos destinados a auxilios educativos, esa función fue delegada por la Gerencia Administrativa mediante el Formato 3 de Caracterización de Adjudicación de Becas a Andrés Bernal. Además, en el Diagrama de Procesos se estableció que la persona encargada de responder por dichos beneficios en su integridad era Bernal Ferrín.

b. El Jefe de Talento Humano no era el jefe de Bernal Ferrín para efectos del trámite y otorgamiento de becas; aunque éste se hallaba nominalmente adscrito a aquella oficina, real y materialmente dependía de la Gerencia Administrativa y era a ésta a la que debía rendir cuentas, mas el Tribunal omitió considerar la prueba que así lo indicaba.

c. Faberth Romero no era el ordenador del gasto y por ende no tenía relación funcional con los recursos destinados a becas, luego la protección de esos valores no estaba a su cargo, ni tenía por qué saber que la defraudación se estaba produciendo. También en esos aspectos el juzgador omitió apreciar la prueba que indicaba tales hechos.

d. No existe en el asunto una sola prueba que señale que a través de Fegaemcali se estaban desviando los dineros correspondientes a becas. Todo lo contrario, la de índole contable revela que por esa vía no se extrajo recurso alguno del erario.

Además, se probó documentalmente que la cuenta a favor de Romero García en dicho fondo tenía una causa legítima.

e. Por igual omitió el juzgador valorar la prueba que acreditó que Faberth Romero no participó en el desfalco presentado en el período 2004-2005.

En las anteriores condiciones no puede considerarse probado un hecho indicador que se elaboró en concurrencia de una serie de errores de hecho por falso juicio de existencia, luego a partir de eso no resulta posible realizar una inferencia lógica que dé lugar a un

indicio de responsabilidad y en consecuencia procede declarar la inocencia del sentenciado.

1.3.19. Falso raciocinio al construirse la inferencia lógica resultante del indicio, en tanto el que se elaboró para condenar a Romero García transgredió el principio del tercero excluido.

En este asunto, dice el libelista, hay dos hechos conocidos: i) que en Emcali se produjo un desfalco superior a tres mil millones de pesos en el período 2004-2005 y ii) que durante esa época Faber Romero fungió como Jefe de Talento Humano de la entidad.

El hecho ignorado, colegido a partir de esos supuestos por el fallador, fue el de que el acusado, por su posición de privilegio dentro de la empresa, pudo apoderarse de una alta suma de esos valores, asociándose para tal fin ilícito con un grupo de empleados de Emcali, pero al hacer esta deducción razonó equivocadamente debido a que desconoció el principio lógico del tercero excluido.

No obstante que Faberth Romero acreditó documental y testimonialmente que no tenía acceso a esos dineros y que por razón de sus funciones no era ordenador del gasto, ni tenía disponibilidad presupuestal sobre los mismos, el Tribunal infirió que por el ejercicio del cargo en Talento Humano y su participación en el Comité de Becas y de Bienestar Laboral, participó en la defraudación.

El axioma lógico en mención plantea que frente a un problema hay mínimo dos soluciones, lo cual traducido a este asunto indica que a la conclusión del juzgador se llegó por vía de la íntima convicción; solución a la que no se habría arribado si se adopta el método de la libre persuasión, pues con éste se habrían estimado las pruebas que indicaban que Romero no participó en el delito.

Es que, el acervo probatorio señala que eran otras personas las que tenían la disponibilidad

de los dineros esquilmados, manejaban de principio a fin todo el trámite de becas y fungían como ordenadoras del gasto.

No necesariamente era Romero García el autor de estos hechos, había otras personas en situación funcional más propicia para cometerlos.

Luego, por vía de la racionalidad lógica, el sentenciador habría arribado en el peor de los casos a la duda respecto de la participación del acusado en estos sucesos y no a la certeza como correlato de la libre convicción.

Solicita por tanto, el demandante, se case la sentencia recurrida, ora para declarar la nulidad de conformidad con cada uno de los cargos propuestos por senda de la causal tercera, o dictar sentencia absolutoria a favor de Faberth Romero García si es que se estiman prósperas las inconformidades planteadas con arreglo a la causal primera.

2. La formulada en nombre de Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar.

2.1. Causal Tercera. En consideración del censor la sentencia recurrida fue proferida en un asunto viciado de nulidad, debido a:

2.1.1. “Falta de motivación completa o motivación insuficiente incompleta o deficiente en relación con la cuantía del valor neto de la supuesta defraudación”.

La sentencia, dice el demandante, carece de fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios, así como de alguna respuesta frente a los argumentos expuestos por su prohijado al momento de sustentar la apelación contra el fallo del a quo, de modo que en esas condiciones y sin disquisición de ninguna clase se fijó aquél rubro en \$3.286’885.154,00.

Tal ausencia de análisis llevó al juzgador a no tener en cuenta que de la cifra citada, la

acusación ya había excluido al acusado de responder por al menos \$875'528.680,00, pues expresamente estableció que ésta le era imputable a los miembros del Comité de Becas hasta mayo 30 de 2004, entre quienes no se hallaba Aristizábal Salazar.

Por igual, esa falta de fundamentación impidió considerar documentos del ente fiscal municipal según los cuales, de un lado, Emcali fue indemnizada por Colseguros en cuantía de \$289'.3333.542,00 y de otro, que hubo reintegro de dineros aparentemente apropiados en suma de \$709'442.049,00 para un total de \$998'775.591,00 reparándose con ello la totalidad del detrimento causado.

Las sumas así recuperadas antes de proferirse la sentencia de segunda instancia conllevan una atenuación punitiva de conformidad con el artículo 401 del Código Penal que ha debido reflejarse en la indemnización y multa fijadas en las instancias, pero mal podría la Corte en sede de casación corregir tal equívoco a riesgo de vulnerar la garantía de la doble instancia.

Pero además la motivación expuesta en el fallo impugnado fue equívoca en relación con las normas sustanciales aplicadas, toda vez que a pesar de tratarse de un proceso rituado por la Ley 600 de 2000 y de que el sentenciador hubiere invocado el original artículo 397 del Código Penal, lo cierto es que su condena lo fue en meses de prisión, terminología que resulta propia de la Ley 890 de 2004.

Esos dos errores, afirma, insubsanables y derivados del poco tiempo que dedicó la segunda instancia al estudio del voluminoso proceso, resultaron letales para el derecho de defensa y comportan la nulidad del fallo, máxime que los mismos fueron expuestos por el acusado en el curso de la investigación y el juicio y al momento de recurrir la sentencia de primera instancia, porque olvidándose de ese modo aplicar las circunstancias de atenuación punitiva, derivadas del reintegro, ha debido el juzgador aplicar la pena a partir de la mínima y la máxima previstas para la infracción.

Revelan esos yerros la violación inmediata de normas procesales que a su vez condujo a la indebida aplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por haberse emitido la condena en terminología de meses y no de años y siendo así se vulneró el principio de legalidad por aplicarse una norma que no regía para el caso, ni para el lugar en que sucedieron los hechos.

Es que, si una ley penal dispone una sanción en años, no puede condenarse en meses, así exista una aparente equivalencia matemática. “Es cuestión de palabras..., pero es que la ley penal está hecha de palabras precisas y claras”.

La sentencia por ende, debe ser casada y en su lugar disponerse la nulidad a partir del momento previo a la resolución acusatoria, como quiera que fue desde allí que la Fiscalía incurrió en las violaciones a la defensa y a la legalidad alegadas.

2.1.2. Vulneración de la dignidad humana en la medida en que el lenguaje utilizado en este proceso está cargado de adjetivos innecesarios e inadmisibles, cuyo uso demuestra debilidad en la argumentación y en la crítica probatoria y desconocimiento de la prohibición legal de hacer calificaciones ofensivas. De no haber existido tal animosidad generada desde la instrucción, por el ilegal léxico usado, se habría proferido un fallo jurídicamente motivado, en profundidad y con otro sentido.

Tanta carga anímica se refleja en la imposición de una condena pecuniaria sin precisión de lo apropiado y reintegrado, así como en la no práctica de algunas pruebas decretadas o en la no valoración de otras que sí fueron incorporadas; en el desconocimiento de lo que es un Manual de Funciones, entre otros documentos, para desembocar en una forzada adecuación típica, resultado apenas de un idioma intolerante destructivo de la dignidad humana, repulsivo a reconocer lo favorable al acusado.

El fallo impugnado ha de ser casado para en su lugar decretar la nulidad a partir del momento antes de la calificación sumarial, por ser desde allí que se vulneró la referida

garantía constitucional.

2.1.3. Violación al derecho de defensa y a la investigación integral por no valorarse testimonios practicados en el sumario o durante el juicio, dado que la omisión de una prueba objetivamente conducente vulnera tales garantías y el debido proceso.

En este asunto, afirma, se escucharon durante la investigación los testimonios de Carlos Mejía Raigozza, Gerardo Barona Tovar, Adriana Conde, Isabel Lucía Quintana, Beatriz Velásquez, Jorge Caicedo y Francisco Estrada y en la etapa de la causa los de Gloria Holguín, Zoraida López, William Gil, Francia Moreno, Ricardo León de los Ríos, Faberth Romero García, Javier Carabalí y Alberto Hidalgo López, y aunque todos, de una u otra forma, dieron a conocer que el acusado Aristizábal Salazar no intervino en el trámite y otorgamiento de becas, el juzgador omitió valorarlos, haciendo que la condena adolezca de notoria parcialidad por ausencia de crítica probatoria de aquellos medios que resultando favorables al procesado impedirían arribar a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del enjuiciado.

Tal cercenamiento probatorio destruyó el derecho a la defensa y a la investigación integral, por ello habrá de casarse el fallo impugnado, disponiendo a cambio la nulidad desde antes de la calificación del sumario a efecto de que se tengan en cuenta los medios de convicción practicados o allegados previamente a la audiencia preparatoria, o con antelación a la sentencia de primera instancia a fin de que se aprecien aquellos decretados y practicados en el citado acto.

2.1.4. Violación del derecho de defensa por no practicarse una prueba decretada, so pretexto de una renuncia tácita.

En este evento, sostiene el demandante, el Tribunal optó por rechazar una solicitud de nulidad formulada por el acusado cuando apeló el fallo del a quo, arguyendo que Aristizábal Salazar había renunciado tácitamente a la práctica de las pruebas ya decretadas en la

audiencia preparatoria, o porque había operado el principio de preclusión de los actos, o tal petición resultaba tardía por no haberse hecho mención a la situación generante de invalidez durante las alegaciones de audiencia pública, no obstante que en contra de lo anterior tanto el acusado, como su defensor, hicieron ver la necesidad de que se incorporaran los medios decretados.

En materia penal uno de los derechos transversales de los sujetos procesales es el de la verdad, luego pretextar la existencia de una renuncia tácita a una prueba ya decretada implica un juicio que viabiliza el sacrificio de esa garantía, lo cual es inadmisibles en un Estado de Derecho.

La investigación integral impide en materia penal forzar interpretaciones tendientes a restringir la posibilidad de alcanzar la verdad, pues ésta no podría afectarse por una renuncia tácita a las pruebas ya que de esa manera se abriría la posibilidad de que los distintos sujetos procesales la alteren en detrimento de los demás y de la comunidad en general.

Acá se solicitó a instancias de la defensa del acusado oportunamente y se dispuso que se oficiara a la Gerencia de Gestión Humana y Administrativa de Emcali, así como a la Gerencia Financiera con el fin de corroborar la fecha de retiro de Marco Antonio Posso Patiño, la razón del mismo, el cargo desempeñado, naturaleza de su relación laboral, funciones y reemplazo y si Aristizábal Salazar tenía en la Financiera firma registrada que lo autorizara para ordenar gastos o pagos con cargo al presupuesto de Emcali, luego mal podía argüirse que, no obstante su evidente interés en su recaudo, la omisión en su incorporación le era atribuible o que a esas alturas resultaba improcedente el pedimento de invalidez a pesar de que las nulidades pueden decretarse en cualquier etapa del proceso.

La negativa, del Tribunal en declarar la nulidad invocada afectó el derecho de defensa porque el no recaudo de unas pruebas decretadas, pertinentes, conducentes y válidas

impidió al acusado esclarecer la investigación en aras de satisfacer el derecho a la verdad.

Solicita por tanto se case la sentencia cuestionada y en su lugar se anule lo actuado a partir de la audiencia de juzgamiento para que allí se practiquen las pruebas decretadas, todo además con el propósito de que la Corte unifique su jurisprudencia en torno a la preponderancia del derecho transversal a la verdad.

2.2. Causal primera. Violación directa de la ley sustancial. Por:

2.2.1. Aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, falta de aplicación del 10º ídem y 6 y 122 de la Constitución, lo cual condujo a tener por típica una conducta que no lo era.

Rodrigo Aristizábal, afirma el casacionista, para 2004 y 2005 era un trabajador oficial de Emcali, a quien en su cargo de Profesional Administrativo I jamás se le entregaron bienes o recursos de las becas para su custodia, tenencia o administración, sin embargo el juzgador sostuvo que por su participación en el Comité de Becas o de Bienestar Laboral y como Jefe de Nómina y representante legal de Fegaemcali, o por el ejercicio material de funciones relacionadas con el trámite de los auxilios, tenía la disponibilidad de los dineros objeto de apropiación.

Tales afirmaciones generales, ajenas a los requisitos para acusar porque para este acto se exige precisión de las personas, de los declarantes, de las conductas típicas, con sus elementos normativos y de las cuantías constitutivas de peculado, evidencian que no se precisaron las condiciones de modo, tiempo y lugar correspondientes, ni hubo el cálculo matemático acerca del monto de lo apropiado.

No obstante, la acusación dejó conocer que la responsabilidad por el pago de becas durante 2004 concernía a quienes integraban el Comité e intentó determinar la cuantía de lo apropiado según la época de funcionamiento de ese organismo o del Comité de Bienestar Laboral, mas dicho ejercicio matemático resultó incierto porque no se tuvo en cuenta de

modo específico las asignaciones de auxilios, sin que, de otro lado, haya sido posible determinar cuánto de ese pago global fue cancelado en forma irregular, de modo que el resultado obedeció a un juego de sumas y restas no acordes con la realidad.

A quién entonces atribuirle responsabilidad por los pagos irregulares del 16 de junio de 2004 si ya para esa fecha no funcionaba el Comité de Becas y el de Bienestar Laboral no había sido conformado? Y si a eso se adiciona que Aristizábal Salazar nunca perteneció a dicho órgano debe entonces restarse del monto global que se dijo objeto de apropiación la suma pagada por el Comité de Becas, lo cual evidencia la indeterminación de la cuantía.

Al especularse así con una suma global para la totalidad de los involucrados, sin la precisión individual que el tipo penal de peculado exige, es claro que tampoco se hicieron las adecuaciones típicas con el rigorismo requerido por la ley penal.

Es por eso imposible una adecuación típica con tal cúmulo de yerros fácticos y jurídicos, pues no solo se atribuyen cargos laborales y responsabilidades que el acusado no tuvo, sino que además las cuentas fueron hechas con la misma ligereza del lenguaje agresivo, en contra de la sobriedad propia de toda decisión judicial, soportadas siempre en las pruebas recaudadas y en las calificaciones jurídicas de ellas derivadas referentes a los hechos investigados y establecidos en grado de certeza.

Al tipificarse el peculado en el artículo 397 del Código Penal, éste no contiene ningún elemento que haga relación al ejercicio material del cargo o de las funciones como equivocadamente lo entendió el Tribunal; es patente que si un servidor público, con funciones precisas determinadas en la ley o el reglamento, ejerce una que le es ajena, no responde como funcionario sino como particular, en atención a que en esas circunstancias no media la relación funcional o nexo entre sujeto, verbo rector y bien jurídico.

Adicionalmente, cuando se le endilga al acusado el cargo de Jefe de Nómina, éste debería estar previsto en la ley o reglamento con sus específicas funciones, pero no existía en la

planta de personal, menos tenía funciones o un funcionario que lo ejerciera, luego nadie podía por sustracción de materia posesionarse en él.

Y si se tiene en cuenta que el tipo penal exige que al servidor público se le hayan entregado los bienes o recursos en custodia, administración o tenencia a través de un vínculo funcional, es evidente que al procesado nunca se le entregaron bajo aspecto alguno, luego si se estima que éste cometió un delito, la imputación debería ser por hurto, o celebración indebida de contratos, pero no peculado.

El cargo público ejercido por Aristizábal Salazar fue el de Profesional Administrativo I y el privado de representante legal de Fegaemcali, no fue Jefe de Nómina, tampoco perteneció al Comité de Becas ni fue superior jerárquico de persona alguna, tal como se probó documentalmente en el proceso, luego mal podía asumir las funciones que se le atribuyen en relación con el manejo de los dineros destinados a becas, de los cuales ningún acto de apropiación ejecutó por no tener su disponibilidad material, ni jurídica, como que ninguna facultad de ese orden se le concedió en el cargo ejercido, por manera que no tuvo la administración, tenencia, ni custodia de tales recursos.

Solicita el demandante, en consecuencia, sea case la sentencia recurrida y en su lugar se disponga la absolución de su defendido por atipicidad de la conducta.

2.2.2. Aplicación indebida de los artículos 10 y 25 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación del 10 ídem en tanto la parte civil sostuvo que Álvaro Aristizábal tenía posición de garante sin que dicha afirmación fuera desmentida por el fallador, lo que significa que la acogió, más aun en relación con los procesados Imbachi Rubiano y Jesús Hidalgo.

Las posiciones de garantía se encuentran taxativamente previstas en los numerales 1 a 4 del artículo 25 de la Ley 599 de 2000 y se predicen sólo de los delitos precisados en su párrafo, sin que sea por tanto válido ampliar su cobertura.

Ahora, al hablar el juzgador de una serie de actos concatenados que condujeron a la defraudación, los involucrados quedaron en igual condición jurídica; por tanto, de manera tácita, pero inequívoca, se les otorgó la misma posición de garante, si es que la ley permitiese esta figura para el peculado.

La falta de claridad administrativa y jurídica del fallador y el corto lapso de estudio del expediente llevaron al ad quem a aplicar indiscriminadamente y en forma contraria a derecho la figura de la posición de garante.

Es que si ésta se encuentra limitada a unas determinadas situaciones y supuestos, la lista de ellas no puede ampliarse discrecionalmente por el fallador a riesgo de infringir la ley, por eso solicita se case la sentencia cuestionada y en su lugar se absuelva a su prohijado por atipicidad de la conducta ya que no es admisible hablar de posición de garante en el peculado por apropiación.

2.2.3. Aplicación indebida de los artículos 397 y 29 del Código Penal y falta de aplicación de su artículo 30 en tanto a Álvaro Rodrigo Aristizábal se le ha tratado erróneamente como coautor impropio del delito de peculado.

Se reconoció en la acusación y en la sentencia, respectivamente, que el acusado no pertenecía al Comité de Becas, ni era quien ordenaba el gasto de esos recursos, por eso su responsabilidad se derivó de no haber ejercido un control que por demás no estaba deferido a persona alguna, según la Resolución 5149, y de haber fungido materialmente como Jefe de Nómina, así tal cargo no se le haya discernido, luego en esas circunstancias se genera una imposibilidad absoluta de que fuera coautor, a lo sumo se le podría tener por copartícipe.

Si bien es cierto la jurisprudencia de la Sala ha admitido la existencia de una posición de garantía general contenida en la primera parte del artículo 25 del Código Penal, aplicable para delitos diversos a los relacionados en el parágrafo, no menos lo es que ha exigido que los deberes omitidos se encuentren claramente delimitados. Sin embargo, en este asunto

donde la posición de garante se ha derivado de la condición de coautor impropio, no cabe este calificativo para el encausado, por cuanto no se encuentra claramente delimitado cuál era el deber legal o constitucional vinculado con la administración, custodia, tenencia, disponibilidad material o jurídica de los recursos destinados a auxilios educativos.

Suponiendo que el procesado intervino en los hechos objeto de juicio, la carencia de una relación funcional con esos dineros hacía imperativo en la acusación y en la sentencia un análisis de la coparticipación frente a las probables conductas típicas, máxime cuando no concurrieron en él las condiciones para tenerlo por coautor impropio, como el acuerdo común, la división de funciones y la trascendencia del aporte, ya que no hay prueba de ninguna de éstas, por eso pide se case el fallo impugnado y en su lugar se disponga la absolución del acusado por desconocerse el alcance jurídico de dicha figura.

2.2.4. Interpretación errónea de los artículos 59, 60.1 y 401 del Código Penal; aplicación indebida del inciso 2º del artículo 397 y falta de aplicación del inciso 1º del mismo precepto de la Ley 599 de 2000, todo lo cual condujo, no obstante que en la acusación no se hayan incluido circunstancias de mayor o menor punibilidad, a tasar la pena con sustento en el citado inciso 2º del artículo 397 que precisamente prevé una circunstancia de agravación.

Por tratarse entonces de una agravante punitiva no incluida en la acusación, mal podía servir de fundamento para incrementar el máximo sancionatorio señalado por el legislador a efectos de calcular los cuartos de movilidad.

Eso significó que tras la errada operación matemática se incrementara el máximo del primer cuarto en cerca de dos años.

De otra parte, no se aplicó la diminuyente derivada del reintegro total o parcial, lo cual habría representado que la pena se fijara entre límites de 3 a 7 años y medio si del inciso 1º del artículo 401 se trata; de 4 a 10 años según el inciso 2º y de 4,5 a 11,25 años si se aplica la parte final de dicha norma.

La sentencia impugnada fijó equivocadamente el primer cuarto de movilidad entre «6 y 10,12 años» y tasó la pena en contra del procesado aproximándola al máximo de aquél, luego es evidente que ese error matemático conllevó a un incremento de la sanción en más de dos años, por eso solicita que se case el fallo y en su lugar se profiera uno con los límites adecuados para determinar los rangos de punibilidad y en ausencia de agravantes.

2.3. Causal primera. Violación indirecta de la ley. En consideración del censor la sentencia demanda incurrió en los siguientes yerros de valoración probatoria:

2.3.1. Error de derecho por falta de apreciación de una prueba, específicamente la declaración notarial rendida por Andrés Bernal Ferrín el 3 de mayo de 2007, en la cual se asegura que ni los miembros de la junta directiva de Fegaemcali, ni su representante legal, tuvieron participación en las becas otorgadas a Ángela Montaña, Argenis Duque, Javier Arboleda, Marco Aldana, Ricaurte Bolaños, Raúl Buchelly, Javier Carabalí, Héctor Cárdenas, Carlos Girón, Claudia Gómez, Edgar Jaramillo y Silvia López.

El alcance de dicho medio demostrativo fue, sin embargo, desconocido en la acusación, sin que se produjera corrección alguna en las sentencias, por no saber la Fiscalía de qué manera llegó a la investigación y tratarse de una fotocopia, no obstante que en las indagatorias de Aristizábal y Romero García quedó clara la manera en que se incorporó y en original.

En esas circunstancias el Fiscal descalificó sin razón válida una constancia permitida y protegida probatoriamente, solo porque no fue enviada por correo a su despacho, o porque supuestamente se presentó en fotocopia, no fue comprobada su autenticidad o su signatario no se presentó personalmente.

Tal situación impidió acreditar un indicio que habría impedido adquirir la certeza necesaria para condenar a Aristizábal dado que en dicha constancia Bernal Ferrín asumió la responsabilidad por el otorgamiento de las becas a los ya reseñados, de ahí que solicite se case el fallo cuestionado y en su defecto se absuelva a Rodrigo Aristizábal por atipicidad de

la conducta, al no ser posible hablar de la misma cuando no hay certeza y sí desconocimiento de una versión notarial de un responsable contumaz.

2.3.2. Error de hecho por falta de valoración de:

2.3.2.1. Certificado expedido por la Gerente del Área Administrativa de Emcali acerca del cargo desempeñado por el acusado y la carencia de personal a su orden, no obstante lo cual en el proceso se ha afirmado que aquél era superior jerárquico del analista administrativo Andrés Bernal, de modo que terminó sosteniéndose algo contrario a lo demostrado con el citado documento, en razón a que ni era Jefe de Nómina, ni tenía a su cargo personal alguno, por tanto mal podía deducirse que tuvo la disponibilidad jurídica y material de los dineros.

De haberse valorado tal prueba, la decisión sólo podía ser absolutoria, como así lo solicita por efecto de que se case la sentencia.

2.3.2.2. Certificado expedido por el Jefe del Departamento de Gestión Laboral y Protección Social el 15 de enero de 2009, acerca de que Rodrigo Aristizábal no hizo parte del Comité de Becas, a pesar de lo cual el juzgador afirmó lo contrario, esto es que el acusado en tanto Jefe de Nómina sí formó parte de dicho comité, pero sin considerar que el cargo citado ni siquiera existía en la estructura de Emcali, por tanto no tenía señalada función alguna y menos la de manejo de dineros de las becas.

2.3.2.3. Testimonio de Álvaro Pérez Sandoval, Gerente Administrativo de Emcali, quien, entre otras cosas, ratificó que Aristizábal Salazar no tenía disponibilidad presupuestal; no pertenecía al Comité de Becas, su labor se restringía al área de pensiones; no reemplazó a Marco Posso quien sí fue coordinador de nómina y prestaciones sociales hasta la reestructuración de mayo de 2004; tampoco tenía personal a su cargo; el Comité de Bienestar Laboral no aprobaba ese tipo de auxilios y quien los adjudicaba era Bernal Ferrín.

A pesar de la claridad de dicho testimonio el sentenciador afirmó todo lo contrario y entonces calificó al procesado como Jefe de Nómina y miembro del Comité de Becas, para a partir de allí atribuirle disponibilidad de los dineros defraudados.

2.3.2.4. Injurada del analista administrativo del proceso de becas, Andrés Bernal Ferrín, rendida el 16 de noviembre de 2006, de cuyas respuestas se deduce que Rodrigo Aristizábal no tenía participación alguna en las tareas desarrolladas por dicho indagado en el proceso de tramitación y adjudicación de auxilios educativos, pues fue éste quien con exclusividad las asumió, interviniendo en ese trámite Beatriz Velásquez para confirmar la disponibilidad presupuestal y el Gerente Administrativo en tanto ordenador del gasto.

Y aunque Bernal Ferrín no mencionó a Rodrigo Aristizábal en condición de partícipe de alguna etapa del proceso de adjudicación de las becas, el juzgador estimó lo contrario y lo señaló como parte del Comité de Becas en su condición del inexistente cargo de Jefe de Nómina.

2.3.2.5. Declaración de la Directora de Auditoría Interna, Carmenza Paz Gómez, rendida el 25 de marzo de 2009, de acuerdo con la cual el proceso de becas estaba a cargo únicamente de Andrés Bernal, de modo que sólo a éste se le atribuye responsabilidad en el manejo de esos recursos.

Y aunque en parte alguna menciona a Rodrigo Aristizábal como interviniente en ese proceso, el juzgador no considera debidamente tal prueba, ya que de haberlo hecho la decisión sólo podía ser absolutoria; a cambio le atribuye al acusado la calidad de Jefe de Nómina y superioridad jerárquica sobre Bernal Ferrín.

2.3.2.6. Testimonio de Ana Milena Ortiz Amaya, empleada del área de nómina, rendida el 28 de noviembre de 2006, para quien igualmente el trámite de becas y su adjudicación estaba a cargo de Andrés Bernal.

Tampoco ella mencionó a Rodrigo Aristizábal ni siquiera como su jefe y aunque en alguna de las oportunidades en que declaró, específicamente en la fecha antes señalada, sostuvo que lo veía en calidad de tal, aclaró que ciertamente no lo era, sin embargo el juzgador únicamente apreció ese testimonio en aquello que involucraba al procesado, sin un examen integral de las tres intervenciones procesales de la declarante, caso en el cual se habría determinado que en verdad Aristizábal no era su superior y por tanto no tenía función alguna relacionada con la nómina, ni con la asignación de auxilios.

2.3.2.7. Testimonio de Luis Enrique Imbachi Rubiano, representante de Sintraemcali en el Comité de Becas, de acuerdo con el cual Andrés Bernal era el encargado de todo el proceso de ayudas educativas, desde su aprobación hasta su pago; Rodrigo Aristizábal no era Jefe de Nómina, ni superior jerárquico de Andrés Bernal, ni perteneció al citado comité.

Aunque las funciones de cada cargo público deben ser determinadas en ley o reglamento, el juzgador entendió en contra de tal aserto que las mismas pueden acreditarse a través de declaraciones, con el agravante, como en este caso que tomó la primera versión del testigo que ignoraba el organigrama de la entidad, para afirmar sesgadamente con él que el acusado era el responsable directo del otorgamiento de becas, sin reparar que en sus posteriores intervenciones y ya con el conocimiento suficiente de la organización administrativa, aclaró y precisó sus informaciones para de ese modo desvincular al procesado de cualquier trámite de ayudas educativas.

2.3.3. Error de derecho al negarse alcance probatorio a la Resolución 823 de 2004 contentiva del Manual de Funciones de la totalidad de cargos de Emcali, incluido el de profesional administrativo I que ocupara el procesado Aristizábal Salazar y entre los cuales no figura el de Jefe o Coordinador de Nómina.

En la misma se aprecian las funciones asignadas al cargo discernido al procesado y ninguna de ellas hace relación al trámite y otorgamiento de becas, ni al manejo de nómina, o a

disponibilidad presupuestal u ordenamiento del gasto, luego, por sustracción de materia, era totalmente ajeno a la asignación de dineros por concepto de auxilios educativos.

Tal prueba impedía afirmar que el acusado ejerció simultáneamente los cargos de profesional administrativo y jefe de nómina y por contera éste sin funciones; por tanto, de haberse valorado adecuadamente, la sentencia absolutoria se imponía, máxime que el raciocinio del juzgador resulta equivocado cuando afirma no ser necesario que las funciones de un cargo se encuentren determinadas específicamente en un manual.

2.3.4. Error de hecho por violación a la sana crítica, ya que siendo ésta sentido común, en el caso en examen no media frente a documentos, como convenciones y resoluciones, en cuanto exige e impone distinciones precisas de las cuales carece la sentencia impugnada.

Así, a pesar de tratarse de entes diversos, ninguna diferencia se estableció entre el Comité de Becas y el de Bienestar Laboral, confusión que condujo a asignarle al segundo una disponibilidad presupuestal que nunca tuvo; sin embargo, el Tribunal aclaró que al Comité de Bienestar Laboral no se le podía atribuir función de tramitar beneficios educativos, pero tampoco la de control a la que alude el ad quem, por no estar prevista en el acto de su creación.

Por tanto, al atribuir el sentenciador disponibilidad jurídica al acusado en la ejecución de esos recursos por ser miembro del Comité de Becas, se desconocían las resoluciones que expresamente asignaron esa función al Gerente Administrativo y por su delegación al analista Andrés Bernal.

Es tal la ausencia de sana crítica que tampoco se mencionó en la sentencia impugnada la renuncia que a Fegaemcali presentó Andrés Bernal con fecha 4 de febrero de 2004, aceptada por la junta directiva y no por el representante legal, luego la supuesta estrecha relación entre la entidad y el analista nunca existió y menos a nivel de una empresa criminal.

Nada tiene que ver el Comité de Bienestar Laboral en las tareas asignadas al Comité de Becas, o al analista administrativo del Departamento de Talento Humano, ni con Fegaemcali por ser éste de naturaleza privada y si eso es así no resulta válido afirmar que el Comité de Bienestar Laboral ostentaba disponibilidad jurídica de los recursos.

Tal yerro, usurpador de funciones se originó en la ausencia total de la sana crítica que imponía identificar a los comités, sus atribuciones, vigencia y campo de aplicación de las resoluciones y delimitación del tema de decisión, por eso demanda se case el fallo impugnado y en su lugar se absuelva al acusado por falta de los ingredientes normativos del tipo penal de peculado, cuales son la administración, tenencia o custodia confiada por razón o con ocasión de las funciones, pues quedó demostrada la ausencia de disponibilidad jurídica en cabeza de Rodrigo Aristizábal.

2.4. Finalmente, tras aducir no hallarse facultado para invocar en favor de su defendido, por ser su posición la de inocencia, circunstancias de atenuación punitiva como el reintegro de dineros a favor de Emcali por parte de Colseguros y de personas ajenas al procesado, la carencia de antecedentes penales y policivos y la presentación voluntaria al proceso, su arraigo familiar y social, su trayectoria laboral impecable, o la concesión de beneficios, como sí se hizo con otros acusados en igualdad de condiciones, solicita el demandante se case oficiosamente la sentencia a efecto de que se reconozcan unas y/u otros.

3. La formulada en nombre de Javier Carabalí.

Primer cargo:

Al amparo de la causal primera, censura el demandante la sentencia recurrida de infringir la ley sustancial debido a un error de hecho por falso juicio de existencia en tanto supuso la prueba de la autoría cuando la obrante en el proceso señalaba al acusado como cómplice.

Así, a Javier Carabalí, sin sustento probatorio alguno, se le endilgaron hechos según los

cuales, en su condición de contador, recibió de manera ilegal dineros de los empleados beneficiarios de las becas, a quienes reclutaba para hacerlos destinatarios de éstas, sin embargo lo que se estableció fue la existencia de una cuenta en el Banco de Bogotá abierta por las directivas de Emcali para que los trabajadores que habían recibido dineros por encima de los topes establecidos los reintegraran, de modo que lo único que hizo el acusado fue llamar a dichas personas e informarles tal deber, lo cual era propio de su cargo y no de una actuación dolosa según se pretende señalar en la sentencia.

De otro lado, el enjuiciado aceptó devolver los dineros, tal como lo hicieron otros empleados a quienes se les condenó a título de cómplices, luego si se aplica el mismo rasero y se inobservan las pruebas aducidas artificialmente se tendría que concluir imperativamente que Carabalí actuó como cómplice y no como autor.

De haberse escrutado con rigor el acervo probatorio se habría llegado a la conclusión de que no se encontró acreditado un acuerdo criminal para apropiarse de los recursos del Estado y que si bien hubo un error, que el acusado aceptó al hacer la devolución del dinero, tendría derecho a que se le juzgara como cómplice, al igual que ocurrió con los demás empleados que actuaron de modo similar.

Segundo cargo:

Subsidiariamente, pero sin conducirla por causal alguna de casación, estima el libelista que la acción del delito imputado a su prohijado se encuentra prescrita, pues dada la fecha de ejecutoria de la acusación, 31 de diciembre de 2009 y la pena que corresponde al delito, 133 meses y 10 días de prisión, cuya mitad equivale a 66 meses y 20 días, éste lapso transcurrió con suficiencia y en esas condiciones la acción penal se extinguió, como así solicita se declare.

Demanda en consecuencia que a Javier Carabalí se le condene a la pena de 36 meses de prisión como cómplice y se le suspenda condicionalmente la ejecución de la sentencia.

4. La presentada en nombre de Luis Enrique Imbachi Rubiano y Alberto Jesús Hidalgo López.

Primer cargo:

Con sustento en la causal tercera de casación acusa el libelista el fallo recurrido de haberse emitido en un asunto viciado de nulidad por cuanto se afectaron el derecho de defensa y el debido proceso al desconocerse el principio de congruencia fáctica que debe existir entre acusación y sentencia, toda vez que en ésta se construyó una posición de garante como condición de participación de los acusados para endilgarles una conducta negativa, ejecutada por omisión impropia, mientras que la resolución calificatoria se erigió sobre un comportamiento activo, (aprobar auxilios educativos), modificación sustancial en relación con la cual fue imposible ejercer una labor defensiva integral.

Con esa alteración en la manera en que los acusados Imbachi e Hidalgo participaron en los hechos, se terminó en la sentencia por atribuírseles un comportamiento diferente al que se planteó fácticamente en la acusación, porque en ésta se les endilgó la calidad de coautores impropios al haber aprobado el reconocimiento de unos auxilios, pero en los fallos de instancia, aunque se afirmó también que se trataba de coautores impropios, se derivó tal imputación de una omisión al dejar de actuar en el proceso de asignación de los cupos educativos y permitir con ello la ilícita apropiación de los recursos.

Tal yerro, agrega, resulta trascendente no en el aspecto de tipicidad o punitivo, sino en la defensa toda vez que ésta estuvo dirigida a demostrar que los acusados, en contra del calificadorio, no intervinieron en la aprobación de auxilios durante el funcionamiento del Comité de Becas o del Comité de Bienestar Laboral, como así se acreditó y no a desvirtuar la omisión finalmente atribuida; de haberse restringido el fallo al supuesto fáctico de la acusación, la decisión solo podía ser absolutoria.

Luego de transcribir apartes de la acusación y de la sentencia, incluido uno de ésta según el

cual los procesados no cumplieron con su labor y adjudicaron becas sin los requisitos exigidos, con los que dice evidenciar los asertos de su reparo, asegura que a sus dos defendidos siempre se les rotuló como miembros de los comités que aprobaban las becas de manera irregular, todo el tiempo se dijo que ellos, desde sus cargos, sabían que los cupos eran irregulares y pese a ello aceptaron que fueran asignados; siempre se les reprochó haber adjudicado y pagado esos auxilios de manera contraria a las normas de Emcali.

En forma opuesta a lo anterior, el juzgador terminó por sentenciarlos al encontrar que, contrariamente a lo debatido en juicio y de lo cual no tuvieron oportunidad de defenderse, ellos nunca participaron en esas reuniones, no actuaron en ese trámite de adjudicación, no estuvieron en el proceso de selección y pago de los auxilios, situación que derivó en el incumplimiento de sus deberes y de la posición de garante por no haber controlado la asignación de las becas. Esto, dice, revela que mientras se les acusó por acción, se les condenó por omisión impropia, conceptos que difieren sustancialmente.

Acorde con esas imputaciones los acusados se defendieron señalando que no habían participado en esas asignaciones, siempre fueron coherentes en mostrarse ajenos a ese trámite de adjudicación de becas, en ubicarse lejos de tal procedimiento, es decir, de modo constante aludieron a que no aprobaron esas ayudas, pero cuando demostraron dicha ajenez se les reprochó precisamente eso para afirmar que ella configuró una omisión que dio lugar a la comisión del delito, luego su indefensión fue evidente.

Segundo cargo:

Subsidiariamente acusa la sentencia impugnada de violar en forma directa la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 10, 22, 25 y 397 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 10, 23, 25 y 400 de la misma obra, que condujo a calificar erradamente la conducta imputada a los acusados Imbachi e Hidalgo como peculado por apropiación y no como peculado culposos que era la acertada.

Luego de transcribir en extenso apartes de las sentencias de instancia, así como de sus alegaciones que sustentaron el recurso de apelación contra el fallo del a quo y de elucubrar teóricamente sobre el dolo y la culpa, la acción y la omisión, así como sobre la posición de garante con base en doctrina y jurisprudencia, para concluir que en los delitos de omisión impropia no es posible la coautoría como forma de participación y sólo por excepción se viabiliza mientras exista una coordinación por acuerdo, considera que el juzgador si bien se adscribió a la teoría formal de las posiciones de garante a que se refieren los artículos 10 y 25 del Código Penal, no deja de ser un peligro que el derecho, en esa concepción, se convierta en un instrumento accesorio y no autónomo, por lo que dicha teoría puede dejar de lado que el problema de la equiparación ha de hallarse en varias normas penales y no en aspectos metajurídicos penales.

Por demás esa teoría formal genera otro problema al considerar que la posición de garante es igual al deber metajurídico penal, establecido en este caso en la Constitución, la ley, la jurisprudencia, el contrato, las resoluciones, por eso la valoración que en ese aspecto realiza el juzgador no crea la posición de garante, sino que limita el ámbito en que sus deberes pueden existir, lo cual impone su verificación a través de una exclusiva valoración jurídico-penal-

Parecería igualmente que la tesis del juzgador se sustenta en la teoría de las funciones, no exenta de crítica por el desborde al que conllevaría, por eso la posición del sentenciador no resulta clara no obstante que nuestro ordenamiento acoge una teoría mixta.

En sus reflexiones el fallador, al hablar de la posición de garante desde la función y rol de quienes conformaron el Comité de Becas y el de Bienestar Laboral se soporta en aquellos conceptos como fundamento de deberes jurídicos, posición que es ampliamente criticada por la doctrina pues su carácter abstracto no permite realizar un adecuado proceso de equiparación entre hacer y omitir.

Entonces, como consecuencia del principio de acto es necesario tener en cuenta ciertas garantías fundamentales, toda vez que doctrina especializada ha señalado que cuando se aplica indebidamente la ley se vulnera el derecho penal de acto en sus aspectos objetivo y subjetivo, se irrespeta el desvalor de acción y de resultado que corresponde a la situación concreta objeto de enjuiciamiento en un proceso penal.

Bajo los anteriores supuestos, el juzgador trató de inferir el dolo señalando que los sujetos tenían conocimiento y voluntad, es decir estimó que Imbachí e Hidalgo detentaban el dominio del hecho para así hablar de dolo común, división de trabajo y demás elementos componentes de la coautoría, valga decir que los dos acusados se pusieron de acuerdo con los beneficiarios y determinaron la manera de proceder de cada uno para lograr el desfalco.

En otros términos, el juzgador, para estructurar el dolo se apoyó en la coautoría según criterios jurisprudenciales, pero referidos éstos al peculado por apropiación en modalidad activa, desconociendo por tanto lo que la misma fuente ha dicho en torno a la imposibilidad de que sea viable la coautoría en delitos de omisión impropia, sin que de otro lado hubiere acudido a la variante planteada por la doctrina, la cual era por demás imposible porque el reproche del descuido, del incumplimiento, no tenía como objetivo permitir el apoderamiento de los recursos públicos, de modo que no se puede hablar de conocimiento y voluntad como estructurante del dolo de peculado por apropiación en la modalidad de omisión impropia. Para sustentar ese conocimiento y voluntad el juzgador se limitó a decir que el hecho que no obtuvieran ningún beneficio no es impedimento para no dar por probados los elementos constitutivos del dolo.

Desde otra perspectiva, dice, se inaplicaron los artículos 10, 23, 25 y 400 del Código Penal pues aunque reconoce que sus dos defendidos tenían posición de garante e infringieron el deber de cuidado de los bienes públicos en tanto servidores de la misma naturaleza, el juzgador también reconoció fáctica y jurídicamente la descripción prevista en el citado artículo 400 ya que no hay duda que Imbachí e Hidalgo dirigieron su accionar a una

conducta extra típica, pero al desconocer los deberes asignados de estar pendientes y atentos al destino de los dineros asignados, como garantes de los bienes de la administración, desconocieron las normas que se les imponían y por culpa dieron lugar a que aquellos se perdieran.

En ningún momento por tanto, los dos acusados abarcaron en su posición de garante el resultado típico que exige el dolo, la producción del resultado obedeció a una causalidad distinta que el sujeto se programó. Es claro que los procesados conocían el peligro que su conducta representaba para los dineros públicos y que previeron dicho resultado, pero confiaron en poder evitarlo, vale decir en concurrencia de culpa con representación, sin que de otra parte pueda objetarse la coautoría funcional culposa, por ser admitida por jurisprudencia que cita.

El juzgador reprocha a los acusados por el incumplimiento del deber asignado, pero dadas las exculpaciones presentadas, no puede hablarse de dolo, sino de imprudencia, de ahí la indebida aplicación de las normas inicialmente reseñadas porque en ningún momento es dable hablarse de conocimiento de los elementos objetivos del tipo de peculado por apropiación, ni de la voluntad de realizar dicha conducta. Los procesados eran conocedores de sus deberes, pero a pesar de eso los infringen y confían imprudentemente en que Bernal Ferrín esté realizando en forma adecuada su labor.

Solicita el demandante que, a consecuencia del primer reparo, se decrete la nulidad de la actuación y se devuelva ésta a fin de que se subsane el error in procedendo denunciado respetando los estrictos linderos fácticos propuestos en la acusación o que, por virtud del segundo reproche subsidiario, se case la sentencia impugnada y en su lugar se emita sentencia condenatoria contra sus dos prohijados, por el tipo de peculado culposo en la modalidad de omisión impropia.

5. La propuesta en nombre de Bernardo Losada Henao.

Primer cargo:

En consideración del libelista la sentencia recurrida fue dictada en un asunto viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, en la medida en que su motivación es confusa o contradictoria ya que a pesar de haber sido acusado Losada Henao como cómplice de peculado por apropiación, la argumentación en su respecto es de autor, así la condena haya sido en aquella calidad, por manera que en parte alguna finalmente se indicó el sustento para endilgarle responsabilidad a título de partícipe.

Dada la acusación, la defensa del procesado se centró en desvirtuar la supuesta complicidad, pero al sorprenderse en la sentencia con la atribución de autor, con argumentos confusos y contradictorios, sin motivar de forma suficiente, coherente y fundada su calidad de cómplice con sus elementos estructurales, que por demás brindara una respuesta no excluyente de los alegatos de conclusión, es patente que se infringió la referida garantía.

No se alega por tanto falta de congruencia, porque el enjuiciado fue acusado como cómplice y así condenado, sino la motivación que confusamente soportó tal conclusión, porque al no elaborarse una fáctica y jurídica de la presunta complicidad, desde los puntos de vista objetivo y subjetivo de la conducta y al haberlo considerado coautor con una argumentación precaria, incoherente, contradictoria y confusa, vulneró fue su derecho de defensa en tanto garantía y no el debido proceso en su estructura.

En la sentencia no se logra explicar motivadamente la supuesta calidad de coautor de Losada Henao precisamente porque esa condición no podía asumirse por el simple hecho de ser servidor público, sino que además era necesario argumentar por qué él tenía la administración, o custodia de los fondos de Emcali, o si tenía la disponibilidad funcional o jurídica de los mismos, aspectos todos los cuales quedaron huérfanos de argumentación, tanto que en esa labor incurrió el fallador en una falacia de petición de principio.

Además, el fallo fue contradictorio en algunas de sus reflexiones, pues para deducir la responsabilidad de Bernal Ferrín dijo que éste como oficial de becas era quien decidía cuáles eran los beneficiarios de los auxilios y ordenaba su pago, reprochándosele que con los fondos públicos adquiriera bienes personales como el carro comprado a Losada Henao; sin embargo, para sustentar la condena de éste, entra en confusiones y contradicciones argumentativas respecto de las consideraciones empleadas para condenar al primero brindándole absoluta credibilidad en desmedro de la merecida por Losada Henao en torno a puntos excluyentes, lo que hace que su motivación sea confusa en cuanto de una misma situación fáctica se extraen dos argumentos contradictorios, es decir o se le cree a Bernal Ferrín y se condena a Losada Henao o se le cree a éste y se condena a aquél, pero no se pueden deducir a conveniencia dos conclusiones diversas y excluyentes para derivar dos efectos adversos respecto de los procesados en mención.

Es que, no obstante la contraposición de tesis jurídicas evidenciada a lo largo del proceso entre dichos acusados, pues Losada acudió a control disciplinario de Emcali para informar el engaño de que había sido víctima en la venta de su vehículo a Andrés Ferrín, quien por su parte ordenó, con cargos a los recursos de becas, el desembolso de 24 millones de pesos para pagar ese automotor, se terminó condenando a ambos procesados con argumentos excluyentes que de no haber concurrido, habrían conducido a la absolución de Losada Henao por virtud del in dubio pro reo.

Al ocurrir lo anterior la defensa jamás obtuvo una respuesta motivada que indicara con precisión, suficiencia, razonabilidad y lógica el por qué era o no cómplice; a cambio el fallador adoptó tesis de responsabilidad personalísimas que no fueron debatidas en el juicio.

En el caso de su prohijado, sostiene el censor, está claro que no tenía derecho a becas, él jamás realizó solicitud alguna para su reconocimiento, pero le fueron depositados dineros públicos en su cuenta de nómina para efectuar el pago del vehículo vendido a Bernal Ferrín

quien lo hizo en 6 cuotas haciéndole creer que se trataba de dineros que le adeudaba Emcali, lo cual lo descalifica como autor y como cómplice pues lo que sucedió fue que Bernal Ferrín lo utilizó como instrumento para consignar en su nómina los dineros que administraba.

Por eso no se podía deducir que en Losada concurrían las condiciones para ser coautor, porque ello se erigiría en un argumento sin soporte probatorio, ya que a pesar de haber utilizado gran parte del fallo para explicar quiénes tenían la disponibilidad de los recursos, su administración y custodia atribuyéndoselas a otros procesados, terminó por hacerle extensivos tales razonamientos a Losada Henao.

No obstante esa reiteración y de dividir a los procesados en tres grupos según pertenecieran al comité de becas o al Departamento de Talento Humano o fueran los beneficiarios de los auxilios, para predicar de los dos primeros la coautoría y del último, entre el cual se hallaba Losada Henao, la complicidad, termina el juzgador por considerar a todos como coautores, aparentemente para evitarse motivar adecuadamente la calidad de cómplices de algunos de ellos fijada en la acusación, lo que en realidad generó un sorprendimiento a la defensa. Que se dijera que los cómplices eran en realidad coautores significó apartarse del marco fijado por la acusación, tornó la argumentación en confusa y contradictoria por razonar a última hora y en contravía de todo lo que se había expuesto sobre las calidades de los coautores y todo eso, a su vez, condujo a vulnerar el derecho a la defensa.

Además, es claro que la supuesta coautoría imputada a Losada Henao quedó huérfana de motivación en un aspecto esencial como lo era su participación como cómplice, pues no se explica cómo el juez dedujo la disponibilidad jurídica del fondo de becas de parte de Bernardo Losada y cómo tampoco se indicó por qué según su criterio no era cómplice.

En ningún apartado del fallo se indicó por qué Losada Henao tenía la disponibilidad

funcional o jurídica de los dineros para considerarlo coautor; tampoco se indicó con precisión cuál fue el acuerdo al que llegó con alguno, algunos o todos los demás coautores para apoderarse de los dineros, cuál fue su función específica en pro de esa finalidad ni la demostración del dolo con que actuó. Al no ostentar Losada la administración, tenencia o custodia de esos bienes, ni una relación funcional con los mismos y menos su disponibilidad, por no haber formado parte del Comité de Becas o de Bienestar Laboral, no podía bajo ninguna circunstancia endilgársele coautoría, lo que convierte este punto de la argumentación en confuso y contrario a reflexiones previas hechas en el mismo fallo al indicarse quiénes podían ser coautores, todo esto sin considerar que Losada jamás solicitó beneficio educativo alguno, lo cual no le mereció al juzgador ninguna consideración.

Esta forma de motivación generó una clara infracción al derecho de defensa en la medida en que toda la actividad del juicio se dirigió a desvirtuar la acusación a título de cómplice, pero finalmente en la sentencia, no obstante el calificadorio, el juez procedió indebidamente a tildar al procesado como coautor y lo condenó en la resolutive en calidad de cómplice, con lo cual produjo una emboscada a la defensa y dejar sin respuesta sus peticiones legítimas en el entendido que no podía tenersele por cómplice de Bernal Ferrín.

Ahora, cómplice y coautor son categorías dogmáticamente diversas, luego mal podía aducirse, según lo hizo el juzgador, que las mismas consideraciones para determinar a los segundos servía para predicar la participación de los auxiliares.

El deber de motivación del juez no se satisfizo con citar lo manifestado por Bernal Ferrín en indagatoria, sino que además de ello debió profundizar en un aspecto esencial como fue la ausencia de soporte documental de sus afirmaciones, sin embargo decidió darle credibilidad sin explicar detalladamente por qué él decía la verdad y Bernardo Losada mentía.

Si en verdad se hubiere efectuado un análisis lógico y suficiente, el juez debió reflexionar sobre: la existencia o no de la denuncia por las supuestas amenazas de que era víctima

Bernal Ferrín y quién era su victimario; cuál fue el rédito o ganancia de Losada en calidad de cómplice de aquél; cómo se demostró que lo pagado por el vehículo fueron 10 millones de pesos y no los 24 pactados en la promesa de compraventa; si el documento de traspaso del automotor también formaba parte del constreñimiento que supuestamente ejerció Losada sobre Bernal y confirmar todo con otras pruebas a través de lo cual fuera posible asignarle credibilidad a éste.

Así, para condenar a Losada el juzgador le dio entero crédito a Bernal Ferrín, pero para hacerlo respecto de éste incurrió en contradicciones violatorias del correlativo principio lógico, pues al haber utilizado como argumento para ello que manipulaba los documentos, decía quién tenía derecho a las becas y utilizaba arbitrariamente dichos recursos, resulta contrariando su argumentación dentro de la misma sentencia ya que con la única finalidad de condenar a Losada le otorgó absoluta credibilidad a Bernal.

La sentencia contiene una indebida motivación, por deficiente, confusa y contradictoria habida cuenta que a lo largo de ella se discriminó que los miembros del Comité de Becas o de Bienestar Laboral y los funcionarios de Talento Humano eran los eventuales coautores, sin embargo a Losada, supuesto beneficiario de auxilios, se le condenó como tal, no obstante que se le llamó a juicio en tanto cómplice, con lo cual además se produjo una celada a la defensa cuya labor fue la de desvirtuar ese grado de participación y no una coautoría que no se imputó; además, no justificó adecuada y motivadamente por qué era coautor o cómplice o un eventual interviniente, de modo que quedó en una total indefinición conceptual; también ya que se otorgó total credibilidad a Bernal Ferrín sin un sustento que verificara sus informaciones y de manera contradictoria porque para derivar la responsabilidad de éste le atribuyó ser gestor de las irregularidades, pero para deducir responsabilidad a Losada desechó el anterior argumento para sostener que Bernal dijo la verdad, desconociendo los documentos que soportaron la negociación del vehículo, poniéndolo entonces como víctima de Losada.

Así, la defectuosa argumentación de la sentencia violó en gran medida el derecho de defensa porque finalmente no se le dijo a Losada por qué era cómplice, pero tampoco se demostró su calidad de coautor por no tener las cualidades del sujeto activo que exige el tipo penal, por ello reitera su petición de que se case el fallo recurrido, anulando lo actuado a partir de la sentencia del a quo.

Segundo cargo:

A juicio del demandante la sentencia cuestionada infringió indirectamente la ley sustancial debido a errores de hecho por falsos raciocinios en la valoración de las indagatorias rendidas por Andrés Bernal Ferrín y Bernardo Losada Henao, en cuanto se desconoció en dicha labor el principio lógico de razón suficiente.

De no haber incurrido en ellos, el juzgador habría concluido que aquél mintió y sus afirmaciones no eran verificables dentro del proceso con ningún medio de prueba, lo cual desde la perspectiva del axioma vulnerado le restaba credibilidad, a la par que Losada Henao sí dijo la verdad frente a los pormenores de la negociación de un vehículo con Bernal Ferrín y estimado que sus afirmaciones sí eran verificables con otros medios de convicción obrantes en el proceso, lo que desde el principio mencionado establecía al menos, con probabilidad de verdad que Losada Henao no mintió, generándose de esa manera dudas insalvables que debían resolverse a su favor. Asimismo, que no existía prueba que negara el precio de la negociación del automotor por valor de \$24'000.000,00, incluidos sus accesorios.

Es que, para otorgarle credibilidad a una prueba, el juez debe desarrollar ejercicios argumentativos de verificación con otras que afirmen o nieguen el contenido objetivo de aquella, de modo que si con otros medios de convicción se corrobora la indagatoria de Andrés Bernal se podría afirmar que se acerca a la verdad y tiene razón suficiente para que esa sea la realidad y no otra, pero cuando el contenido no es verificable por otros medios,

sino que se le asigna credibilidad sin realizar esa labor con el conjunto probatorio, deja de existir una razón suficiente para que la consecuencia derivada de la injurada sea la asumida por el fallador, porque existen otras posibilidades no exploradas que le restan firmeza, certeza y credibilidad. En este caso, existen en el proceso pruebas que desmienten lo afirmado por Bernal y se hallan ausentes otras que darían sustento a sus afirmaciones, lo cual desde la óptica del citado principio lógico no brinda la posibilidad de asumir como ciertas sus aseveraciones.

Lo opuesto aconteció con la valoración de la indagatoria de Losada Henao, toda vez que el juzgador le restó credibilidad no obstante la existencia de pruebas autónomas que verificaban sus afirmaciones, de ahí que desde la perspectiva de la razón suficiente su versión estaba justificada y ratificada con otras pruebas que de haberse valorado en conjunto, de forma racional, habría llevado a una conclusión diversa a la que arribó la sentencia recurrida.

Lo anterior explica por qué dentro de las formalidades de la indagatoria, en cuanto medio de prueba, se halla el deber del funcionario judicial de ordenar las necesarias para verificar las citas y comprobar las aseveraciones del imputado, obligación que se extiende por igual a la valoración, tanto que de no corroborarse la veracidad o mendacidad no se puede deducir que lo manifestado por un indagado es cierto o no.

En esas condiciones, el juzgador admitió que la negociación del vehículo entre Losada y Bernal sí existió, pero del análisis de la indagatoria de éste dedujo que aquella no lo fue en los términos relatados por el primero, no obstante que la prueba documental corroboraba que la compraventa se ejecutó según los términos pactados en la misma, de ahí que desde la óptica de la razón suficiente se le reste credibilidad pues no se demostró el pago aducido por Bernal de 10 millones como precio del automotor a través del respectivo recibo, ni la compra por su parte de los accesorios, por el contrario el contrato de enajenación contiene como cláusula que el precio de 24 millones, incluidos los accesorios, se pagaría en 3 cuotas

de 8 millones.

Es decir, además de que no se verificaron todas las citas o aseveraciones del indagado Bernal Ferrín, las que lo fueron tuvieron un resultado opuesto a lo informado por él, como el contrato de compraventa citado, o los testimonios de Carlos Alberto Giraldo y Rafael Sosa, con lo cual se acredita que mintió en su indagatoria. No bastaba, por tanto, con creerle ciegamente a Bernal en su injurada, sino que dichas aserciones debieron ser valoradas en conjunto con otras pruebas obrantes en el proceso de frente a la sana crítica y especialmente en relación con el citado principio lógico.

El Tribunal terminó por reconocer que la referida negociación generaba muchos interrogantes, vale decir que abrigó dudas sobre el por qué se pagó el vehículo con dineros destinados a las becas, luego de haber sido valorada correctamente la indagatoria de Bernal en acatamiento del principio de razón suficiente su decisión habría sido absolutoria a favor de Losada, al menos en aplicación del in dubio pro reo.

Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador que Bernal Ferrín devolvió el vehículo a Losada en el mes de agosto de 2006 cuando éste se enteró que el dinero con que se pagó el precio no era de aquél, sino de Emcali, por lo mismo decidió voluntariamente devolver el dinero y así se hizo constar en el acta correspondiente.

No sucedió lo mismo cuando se valoró la indagatoria de Bernardo Losada, pues a pesar de haber sido corroborada y verificada con otras pruebas, el juzgador omitió dicha labor de confrontación que le habría permitido concluir, con aplicación del axioma de razón suficiente que Losada decía la verdad, o que al menos surgían dudas que hacían imperativa la absolución; le habría llevado a establecer que Losada fue engañado por Bernal Ferrín respecto de la legalidad de los pagos y del origen de los dineros.

El juzgador se funda además en dos razones para no darle crédito a la versión de Losada: una, el precio pactado del vehículo y dos, que las consignaciones a la cuenta de aquél, más

allá de que fueron negadas en su relación con la compraventa por Bernal Ferrín, ocurrieron con posterioridad al traspaso, pero lo primero es una conjetura del fallador porque nada existe en el proceso que permita idóneamente establecer cuál era ciertamente el avalúo de ese bien, a cambio Losada es detallado para justificar por qué su automotor valía 24 millones de pesos y respaldado por el testimonio de Edgar Figueroa para quien el carro valía 25 millones de pesos. Lo segundo es una conclusión ajena a una labor seria de verificación por cuenta del sentenciador, pues no es cierto que las consignaciones se hicieran en esa época, mucho menos cuando en su indagatoria de 2006 Bernal Ferrín afirmó tener consigo el respectivo documento en original, lo cual indica que el vehículo jamás se traspasó.

Lo afirmado por Bernardo Losada, en consecuencia, podía verificarse con el contenido de otras pruebas que de haberlas valorado el Tribunal en su conjunto lo habrían llevado a concluir que desde la perspectiva de la razón suficiente lo aseverado por aquél era cierto y creíble.

Como la base fundante de la sentencia contra Losada se constituyó con su indagatoria y la de Bernal, su valoración defectuosa hace que la condena pierda sustento, más aun si la complicidad requiere un acuerdo previo con el autor para lograr el objetivo criminal común, por eso la correcta valoración de las indagatorias indica que no existió dolo en el comportamiento de Losada, tampoco en el preacuerdo como elemento estructural de la presunta participación que se le atribuye, pues ha quedado claro que Losada denunció el actuar irregular de Bernal y aclaró que fue víctima de su engaño, no obstante lo cual devolvió el dinero. Bernardo Losada no actuó de consuno, con unidad de designio, con Andrés Bernal para esquilmar el patrimonio del Estado, sino que en realidad hizo fue una transacción de un vehículo en la cual el comprador lo engañó sobre el origen de los dineros y la manera en que pagaría el precio, por manera que en ese sentido fue apenas un instrumento del responsable del delito.

Solicita por lo anterior se case el fallo recurrido y en su lugar se profiera uno de carácter

absolutorio por aplicación del in dubio pro reo.

EL NO RECURRENTE:

Emcali, reconocida en este asunto como parte civil y en tanto no recurrente, solicitó no casar la sentencia toda vez que los directivos que resultaron condenados, junto con Bernal Ferrín, tenían el dominio funcional del hecho, es decir manejaban y controlaban y solicitaron adiciones del presupuesto que por varios miles de millones de pesos destinaba la entidad para sus empleados y los hijos de éstos. La investigación logró demostrar que aquellos manejaron los recursos como su caja menor y sin ningún control, más allá del mismo que ellos ejercían; que Andrés Bernal Ferrín era quien pasaba al Departamento de Nómina una relación contenida en un CD, mientras que Rodrigo Aristizábal, antes de trasladarlo a dicha sección, aprobaba y direccionaba a qué personas se les debía consignar el dinero a título de auxilio educativo, luego de lo cual el Departamento de Nómina hacía el respectivo desembolso.

Muchas de esas becas fueron consignadas a empleados, sin que mediara solicitud alguna y sin su conocimiento, por manera que cuando se percataban que en sus cuentas de nómina había más dinero del que devengaban, lo devolvían a Bernal Ferrín, por solicitud de éste, quien los distribuía con los directivos implicados. Otros empleados no tuvieron la delicadeza de devolver esas sumas que inusualmente les aparecían consignadas en sus cuentas y otros las reintegraron parcialmente.

Todo lo anterior fue posible porque Bernal y los directivos sentenciados tenían el dominio de hecho, al punto que crearon un fondo de empleados a través del cual canalizaron esos dineros ilícitamente apropiados.

Por eso no se puede predicar incoherencia de parte de los falladores, porque dentro de los parámetros de racionalidad no hubo extralimitación, ni ninguna circunstancia se quedó sin controversia.

Cuestionar, como lo hacen algunos demandantes, el monto de los perjuicios no tiene presentación cuando las experticias contables, objetadas hasta la saciedad, cuantificaron el monto de la apropiación ilícita.

Dado el modo en que ocurrió la defraudación, donde unos fueron coautores y otros cómplices, mal puede predicarse violación de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso final del artículo 30 del Código Penal, mucho menos si el fallo no fue estructurado en falsas motivaciones.

La posición de garante de estos funcionarios se erige como fundamental, porque no solo tenían el deber de evitar el resultado, sino que conocían perfectamente que con su actuar u omisión estaban obligados a cumplir su rol, máxime cuando funcionarios como Imbachi, debían reunirse periódicamente para verificar, revisar y hacer seguimiento a esos cuantiosos recursos. Eran por eso, los integrantes del Comité de Becas, Faberth Romero, Álvaro Aristizábal y Andrés Bernal los encargados de esa labor que incumplieron, para no solo poner en riesgo el erario sino también favorecer intereses personales y de terceros.

Tampoco hubo en el fallo una motivación incompleta o deficiente, ni nulidad alguna, ni procede la casación oficiosa, según lo pretenden los demandantes, ni tiene cabida que se hayan exculpado en Bernal Ferrín para cargar en él toda la responsabilidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

1. Sobre la demanda presentada a nombre de Faberth Romero García.

1.1. Causal tercera:

1.1.1. Primer cargo: En opinión del Ministerio Público carece de razón el censor al demandar la nulidad de la sentencia por aducida violación del principio de investigación integral, toda vez que el Departamento de Talento Humano estaba dispuesto como oficina a

través de la cual se administrarían, adjudicarían y aprobarían los auxilios educativos que señalara la Gerencia Administrativa, según así se dispuso en el artículo 2º de la Resolución 05149 del 27 de octubre de 2004, de acuerdo con el cual los beneficios educativos se administrarán, analizarán y aprobarán por parte de la gerencia del Área Administrativa, a través del Departamento de Talento Humano.

En este caso Faberth Romero era el jefe del citado departamento que se encontraba adscrito a la gerencia del Área Administrativa según Resolución 3351 de 2004 y en esa condición tenía la obligación de administrar adecuadamente los recursos que le habían sido encomendados conforme lo establecía el Manual de Funciones y Perfiles de la Planta de Cargos de Emcali No. 080023 de 2004, de modo que no se requería un acto administrativo del gerente para implementar dicha atribución la cual ya estaba fijada en la respectiva resolución.

Además del fundamento jurídico que lo vinculaba con esa función, fueron allegadas versiones, como las de Cecilia Cardona, Argenis Duque, Álvaro Pérez y Milena Ortiz, quienes coinciden en señalar que el procesado era el funcionario encargado de autorizar las becas, además hacía el seguimiento al procedimiento, elaboraba los informes pertinentes en los comités de gerencia, todo lo cual muestra que ejercía una vigilancia al proceso de asignación de esos dineros.

La actitud de inculpar a su subalterno Andrés Bernal queda desvirtuada con el organigrama de Emcali contenido en la Resolución 0820 de 2004, pues allí se señala que el área de Talento Humano la encabeza el jefe de departamento, esto es Faberth Romero, mientras que Bernal Ferrín se desempeñaba como analista administrativo, luego en ese orden, se reitera, no se requería el acto administrativo de delegación que reclama el libelista, por tanto el reproche debe ser desestimado.

1.1.2. Segundo cargo. Tampoco le asiste razón al demandante en la formulación de este

reparo, ya que el acta de posesión constituye una diligencia a través de la cual el particular que ha sido designado para una gestión pública, asume en forma material la calidad de titular de dicho cargo.

La prueba pertinente y conducente para acreditar las atribuciones y competencias no es esa diligencia porque generalmente allí no se plasman, sino el manual de funciones, que en este caso estaba contenido en las resoluciones 0823 y 5140 de 2004, luego el planteamiento del demandante carece de mérito para desvincular de responsabilidad al procesado.

1.1.3. Tercer cargo. En el análisis que hace la sentencia sobre la conducta del acusado no observa la Delegada ninguna impropiedad o inconsistencia en el manejo de los términos con la adecuación fáctica que determinaron los sentenciadores, en tanto la descripción de aquella comporta la confluencia de voluntades de cada uno de los implicados con el único propósito de defraudar la empresa pública, por eso adquirieron la condición de coautores en cuanto de manera conjunta ejercieron el dominio sobre la realización del hecho, obedeciendo a un plan común y a una distribución de tareas para lograr la ejecución del delito, de modo que el aporte de cada uno de ellos bien podía realizarse en el inicio, en el intermedio o en la parte final o agotamiento del peculado.

Si alguna imprecisión se cometió en las extensas sentencias de instancia, eso no afectó la comprensión fáctica y jurídica del motivo por el cual fueron vinculados, enjuiciados y condenados los procesados. En esas circunstancias en ejercicio del derecho de defensa, éstos siempre estuvieron al tanto de cuáles eran los cargos formulados y su grado de participación en su comisión, por ello la censura debe ser desestimada.

1.1.4. Cargos cuarto, quinto y sexto. El examen conjunto de estas censuras, por cuanto tienen la misma estructura, dice el Ministerio Público, permite aseverar su improsperidad debido a que el argumento que les sirve de base no tiene un asidero documental de modo que las falencias deprecadas en la motivación del fallo no existen en los términos

planteados en la demanda.

En efecto, las sentencias de instancia mencionan y valoran las resoluciones 0823, 5460 y 5149, todas de 2004, siendo en esta última donde se le asigna al Jefe de Talento Humano, artículo 2º, la administración, análisis, adjudicación y aprobación de las becas, siempre bajo la dirección del Gerente Administrativo por manera que el procesado en aquella condición tenía un vínculo jurídico a través de norma especial que debía ser observada mientras un acto administrativo de igual o superior jerarquía no lo relevara de esa atribución.

Por tanto, ni el acta 3 de abril de 1991, ni el formato de caracterización del proceso de adjudicación de becas tenía la virtualidad de degradar la responsabilidad del acusado en la función que le había sido asignada.

Las tesis esbozadas por el censor en los cargos examinados son producto de su personal análisis probatorio a través del cual les defiende un valor diverso al del juzgador, para variar los hechos y la responsabilidad del encausado; semejante posición no puede consolidar reproches con pretensión de desquiciar el fallo porque una forma distinta de analizar los medios de convicción no constituye método idóneo para desconocer el pronunciamiento y la valoración efectuadas en las instancias.

1.2. Causal primera, violación directa.

Toda vez que la sentencia recurrida valoró la Resolución 5149 de 2004, por medio de la cual se le asignó expresamente al Jefe de Talento Humano la administración, análisis, adjudicación y aprobación de los beneficios educativos, de manera que el procesado en dicha calidad tenía un vínculo jurídico, el reparo no tiene vocación de éxito porque mal puede desconocerse dicho acto administrativo con el propósito de eliminar la responsabilidad del enjuiciado, menos aun cuando en la Resolución 0823 de 2004, artículo 11, literal F, se les impuso a los jefes de departamento la obligación de administrar adecuadamente los recursos que les fueran encomendados para el buen funcionamiento de

su dependencia.

1.3. Causal primera, violación indirecta.

1.3.1. Primero, segundo, tercero, quinto y noveno cargos subsidiarios. Los medios probatorios relacionados por el libelista, si bien demuestran una parte de la mecánica del iter críminis, en forma alguna sustraen la responsabilidad del procesado pues en la práctica, por omisión o por acuerdo previo, Andrés Bernal desempeñaba un papel protagónico para los beneficiarios debido a que era su despacho el que suministraba la información; eso no releva el mandato contenido en la Resolución 5149 de 2004.

Tampoco concurre el falso juicio de identidad en el examen del testimonio de Beatriz Velásquez ya que si bien ésta era la encargada de generar el certificado de disponibilidad para asignación de los recursos, su vínculo con Andrés Bernal correspondía a una relación funcional en la medida en que éste era quien debía suministrar la información sobre beneficiarios de las becas y monto de las mismas, sin que en momento alguno tal relación pueda determinar la atribución jurídica porque se trataba de un simple trámite operativo, por ende dicho testimonio no elimina la responsabilidad del acusado frente a su obligación reglamentaria en el manejo de esas ayudas educativas.

Igual acontece con el testimonio de Isabel Quintana, quien, similar a otros declarantes, reconocía como responsable de las becas a Bernal Ferrín pero desde el punto de vista material, sin tener en cuenta que la obligación jurídica recaía en el jefe del Departamento de Talento Humano, luego desde esta perspectiva no existió distorsión, ni supresión algunas y por lo mismo carecen los reproches de fundamento.

1.3.2. Cuarto cargo subsidiario. El formato 3 de caracterización del procedimiento de adjudicación de auxilios educativos no contiene delegación alguna para que Andrés Bernal se encargara del trámite de aquellos; por el contrario, en ese documento se observa que tal responsabilidad recaía en el Departamento de Talento Humano, cuyo jefe era Faberth

Romero García, por eso la inconformidad debe ser desestimada.

1.3.3. Octavo cargo subsidiario. En opinión de la Delegada, carece también de razón el censor al proponer el falso juicio de existencia por cuanto a pesar de obrar en el expediente el acta y el diagrama de procesos que se echan de menos, sus textos no alteran la estructura jurídica consolidada a través del acto administrativo que gobernaba todo el proceso de otorgamiento de becas. La función ejecutiva de Andrés Bernal no releva de responsabilidad al jefe de Talento Humano, pues aquél en cuanto desarrollaba la parte operativa, mecánica o material no actuaba autónomamente, dependía del funcionario últimamente mencionado y del Gerente Administrativo, según lo establece el Formato 3 de Caracterización ya aludido.

Tampoco se produce alteración alguna en el fallo recurrido por el hecho de que se hayan hecho devoluciones de dineros o una aseguradora hubiere desembolsado otros a título de indemnización, lo cual no incide en la comisión del delito ni en su adecuación típica.

Ahora, aunque se hubiere justificado que algunos dineros a favor del procesado en Fegaemcali tenían origen en relaciones laborales anteriores a trabajar en Emcali, eso no exime al acusado de la comisión del delito que se le imputa, como tampoco tiene ese efecto el auto dictado por la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Cali, toda vez que la acción fiscal es de naturaleza diversa a la penal, sin que el resultado de la una influya en el de la otra.

1.3.4. Décimo cargo subsidiario. Si bien en la convención colectiva de trabajo se declaró finalizado el Comité de Becas, tal manifestación nunca quedó plasmada o materializada en un acto administrativo que incidiera jurídicamente en el trámite y en la estructura de las diferentes oficinas encargadas de intervenir en la aprobación y otorgamiento de las becas, de modo que no existe un fundamento probatorio que permita establecer su materialización, por eso la censura no está llamada a prosperar.

1.3.5. Primero, segundo y tercer cargos por falso raciocinio. Carece de razón el libelista al sostener que la sentencia dedujo responsabilidad contra el acusado por la simple afirmación de que hacía parte de esas dependencias, porque desconoce en ese orden el contenido de cada uno de los fundamentos normativos, fácticos y jurídicos considerados por el sentenciador para establecer su responsabilidad a partir de su calidad de jefe de Talento Humano dotado de la función de recibir, analizar, administrar y otorgar las ayudas educativas, según el acto administrativo antes mencionado, de modo que no medió falacia alguna, ni un juego de palabras cuando, en contrario, se expuso toda un sustrato probatorio.

El reproche carece de éxito y como el décimo octavo contenido en la demanda de Álvaro Rodrigo Aristizábal guarda similitud, ha de correr la misma suerte.

1.3.6. Primer y segundo cargo por falso juicio de existencia por omisión. Dado el ya reiterado artículo 2º de la Resolución 5194 de 2004 la mención al Departamento de Talento Humano no hace exclusiones o excepciones, por ende todos sus miembros estaban incluidos en la función encomendada en aquél acto administrativo. Si no existían excepciones mal podía el juzgador inferirlas.

Todo eso quedó por demás ratificado en el Formato de Caracterización, igualmente mencionado, porque allí se estableció específicamente en cabeza de dicho departamento cada uno de los controles que debía efectuar para la administración y entrega de las ayudas educativas, luego el casacionista carece de razón en la propuesta de estos reparos ya que se probó que la responsabilidad no se le derivó al acusado por tener el dinero en su peculio sino por entregarlo de forma irregular a terceros, quedando así sin la posibilidad de darle aplicación al principio del tercero excluido.

2. Sobre la demanda presentada a nombre de Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar.

2.1. Primer cargo. Dado el sustento de este reparo, en consideración del Ministerio Público

concernía al recurrente probar que la sentencia impugnada no motivó en manera alguna el monto al cual ascendió la condena por indemnización de perjuicios; sin embargo, la censura en dichos términos desconoce que el ad quem para tales fines se basó en la acusación y en lo debidamente probado por el juez de primera instancia.

Así comprobó no solo que el procesado hacía parte del Departamento de Talento Humano, sino que era miembro del Comité de Bienestar Laboral y en esa condición ordenó pagar becas de manera irregular por valor superior a los tres mil millones de pesos. Adicionalmente que, en su condición de representante legal de Fegaemcali realizó descuentos de la nómina de los funcionarios para pagar unos créditos irregulares, sin soporte alguno.

Lo anterior, dice la Delegada, permite concluir que el fallo se encuentra debidamente motivado; la censura por defecto en ese respecto implica demostrar que en la sentencia se omitió exponer el fundamento fáctico y jurídico, o que los argumentos elaborados impiden conocer su real fundamento, o que el mismo es insuficiente, contradictorio, ambivalente o confuso, nada de lo cual se denota en el fallo cuestionado, por ello el reproche no puede prosperar.

2.2. Segundo cargo. El recurrente no expone ningún elemento de juicio por el cual en su sentir se vulneró el derecho a la dignidad humana. El simple extracto de apartes jurisprudenciales no demuestra, ni el libelista lo dice, de qué manera el fallo infringió esa garantía fundamental, de ahí que tampoco este cargo pueda prosperar.

2.3. Tercer y cuarto cargos. Tampoco estos tienen vocación de éxito por cuanto el fallo analizó con suficiencia los testimonios obrantes en el proceso, en especial los de los miembros del Departamento de Talento Humano, del Comité de Becas, del de Bienestar Laboral, de Bernardo Losada y las indagatorias de los mismos implicados, así como los informes periciales, a través de todo lo cual se comprobó que Aristizábal Salazar como parte

que fue de aquella dependencia, aprobó y ordenó pagar becas de manera irregular por más de tres mil millones de pesos.

2.4. Quinto cargo. No obstante la denuncia de una violación al derecho de defensa, el censor antes que demostrarla, se dedicó a evidenciar una infracción por la vía indirecta porque el Tribunal le rechazó una solicitud de nulidad.

La actitud asumida por la defensa, como lo indicó el ad quem, al solicitar en su oportunidad que solamente se escuchara en juicio a los contadores, implicó que se considerara la mediación de una renuncia tácita a las demás pruebas, equivalente a decir que convalidó la actuación así verificada.

La casación, por demás, no es una tercera instancia para pretender hacer valer las pruebas que según el recurrente no se valoraron en las instancias, por eso el reproche carece de prosperidad.

2.5. Sexto cargo. Desconoce en esta censura el demandante, a juicio de la Delegada, que el fallo recurrido acreditó que Aristizábal Salazar sí ejercía funciones en la oficina de nómina, según se desprende de las declaraciones de Javier Carabalí, Ángela Montaña y Milena Ortiz, funcionaria ésta que liquidaba la nómina y reconoció al acusado como su jefe.

Era el procesado quien, dada su condición de funcionario del área de Talento Humano, daba su visto bueno y con ello se sustraían dineros para ser repartidos en cuentas de trabajadores, además de que era miembro del Comité de Bienestar Laboral y representante legal de Fegaemcali, por ello la censura debe ser desestimada.

2.6. Séptimo cargo. En esta inconformidad vulnera el recurrente el principio de autonomía al reclamar simultáneamente la aplicación indebida y la falta de aplicación del artículo 10 del Código Penal, como que de esa manera se genera una evidente e insalvable contradicción que la hace impróspera.

2.7. Octavo cargo. Omite considerar el impugnante que Aristizábal Salazar fue condenado cabalmente en calidad de coautor por cuanto se le señaló que, si bien no ejecutó integral y materialmente el punible, sí prestó su concurso y contribución esencial para la consecución del resultado, por ello la censura deviene infundada.

2.8. Noveno, décimo, undécimo y duodécimo cargos. La constancia notarial aducida, acerca de que Aristizábal no perteneció al Comité de Becas, no incide para nada en los resultados del proceso, cuando en éste se comprobó que se desempeñó como profesional administrativo en el Departamento de Talento Humano y en esa condición prestó su concurso y aporte definitivo para la aprobación de becas sin que se cumplieran las exigencias legales y reglamentarias.

Adicionalmente se corroboró que Aristizábal Salazar no sólo hizo parte del Comité de Bienestar Laboral, sino también fue el representante legal de Fegaemcali, condición de la cual se valió para hacer descuentos ilegales de la nómina de los funcionarios.

Por tanto, no tiene razón el casacionista en sus reparos, porque los fallos de instancia corroboraron, más allá de toda duda, que el acusado en mención desplegó su voluntad y actuar fundamental para la consecución del resultado final de apropiarse de dineros del erario a través de la aprobación de becas sin que se reunieran los requisitos para ello.

2.9. Decimotercer a decimoquinto cargos. Pretende el demandante con las declaraciones discriminadas en estos reproches acreditar que Rodrigo Aristizábal no hizo parte del Comité de Becas y que por ende no tuvo responsabilidad alguna en el delito por el cual se le acusó, pero desconoce en ese sentido que el juzgador constató que aquél ejercía funciones en el área de Talento Humano, como lo reconocen Milena Ortiz, Javier Carabalí y Patricia Montaña, quienes aseguraron que el enjuiciado tuvo incidencia material y directa en el trámite y aprobación de becas que finalmente derivó en la defraudación al erario.

Se probó debidamente que Aristizábal sí se desempeñó como profesional administrativo en

el Departamento de Talento Humano y en tal condición prestó su concurso y aporte definitivos para la aprobación de los auxilios educativos sin las exigencias para ello, de ahí que los reparos examinados, en concepto de la Delegada, no puedan prosperar.

2.10. Decimosexto y decimoséptimo cargos. Ninguna razón asiste al censor cuando alega la violación directa en el examen de los testimonios de Milena Ortiz y Luis Enrique Imbachí acerca de que Aristizábal no era jefe de nómina ni superior jerárquico de Bernal Ferrín, pues su versión queda desvirtuada al establecerse que el acusado sí ejerció múltiples funciones dentro de Emcali, fue representante legal del fondo de empleados y miembro del Comité de Bienestar Laboral, dependencia en la cual se tramitaba todo lo relacionado con las ayudas educativas, por eso fue que el propio Andrés Bernal mencionó como a uno de sus jefes en la sucesión cronológica a Álvaro Aristizábal con quien continuaron pagando los auxilios una vez se revisaban los requisitos; igualmente, Luis Enrique Imbachí aseguró que el jefe de nómina era Rodrigo Aristizábal y del mismo tenor fue el testimonio de Javier Carabalí.

2.11. Decimonoveno cargo. Contrario a lo señalado por el demandante la acusación fue clara en indicar que el peculado ascendía a una cuantía superior a los tres mil millones de pesos y consecuente con ello incluyó en la calificación jurídica provisional el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, en el cual se prevé una pena mayor cuando lo apropiado supere el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales, luego el fallo impugnado no incurrió en el yerro que el libelista le atribuye.

2.12. Veinteavo cargo. Tampoco le asiste razón al censor al deprecar la casación oficiosa de la dosificación punitiva so pretexto de que una aseguradora resarcía parte del daño patrimonial ocasionado, pues es evidente que no se trató de un comportamiento procesal en el que el acusado haya tenido iniciativa, sino de la obligación contractual de un tercero no contemplada en la ley premial. Por igual, ninguna incidencia en ese fin tiene la ausencia de antecedentes del procesado o su presentación voluntaria al proceso.

3. Acerca de la demanda postulada en nombre de Javier Carabalí.

Primer cargo.

Infundada deviene, en opinión del Ministerio Público, la aspiración del recurrente orientada a que la condición de coautor imputada a su prohijado se le modifique por la de cómplice, por cuanto quedó establecido que a Carabalí le fueron consignados por conceptos de Beca Universidad Hijo y Beca Universidad Funcionario 6 sumas durante los años 2004 y 2005 para un total de \$25.640.000,00.

El procesado trató de justificar esos beneficios con copia de un documento originado en la Universidad Santiago de Cali referido a su compañera permanente Elizabeth Montilla, quien no estaba legitimada para recibirlos conforme con la reglamentación existente. Con todo, ella inició carrera en el 2000, para el 2005 cursaba 5º semestre y sin embargo, en relación con la cuantía señalada antes no se halló soporte alguno, luego la intervención de Carabalí en el delito fue activa y dirigida a obtener recursos sin sustento alguno, por ello su conducta no puede considerarse accesoria en la ejecución del punible, él fue protagonista en tanto recibió dinero que entró a su peculio.

Segundo cargo:

Tampoco tiene razón el demandante en plantear la prescripción de la acción penal porque olvida que para el cómputo del tiempo necesario a fin de que ello ocurra debe partirse del máximo punitivo fijado en la ley, (que en este caso es de 15 años aumentado en un tercio por la calidad de servidor público), y no de la sanción impuesta en la sentencia al procesado, lo cual significa que el fenómeno alegado se verificaría en el juicio por el paso de 10 años contados desde la ejecutoria de la acusación, esto es hasta el 31 de diciembre de 2019.

4. Sobre la demanda formulada en nombre de Luis Enrique Imbachi Rubiano y Alberto de

Jesús Hidalgo López.

Primer cargo:

Infundada en opinión de la Delegada, resulta esta censura en la cual se denuncia infracción al principio de congruencia porque supuestamente los acusados en mención lo fueron como coautores impropios pero condenados por conducta omisiva impropia.

En efecto, cotejados los comportamientos descritos en la acusación y en la sentencia no se observa que entre uno y otro acto haya sucedido alguna alteración pues siempre se les reprochó por haber aprobado el reconocimiento y pago de beneficios educativos, muchos de ellos sin el cumplimiento de los requisitos legales o convencionales.

Cuando el Comité de Becas analizaba una propuesta, estudiaba y verificaba los requisitos exigidos, emitía sobre esa confrontación un juicio valorativo para aprobar la respectiva petición, generando una afectación presupuestal, por manera que al desplegar los acusados un comportamiento positivo con desviación de poder, esto es, permitir la adjudicación de becas sin sujeción a las condiciones reglamentarias defraudaron la expectativa normativa que regula su gestión, siendo aquí donde emerge el concepto de comisión por omisión, por cuanto realizaron una actividad no contemplada por el reglamento institucional.

Se equivoca entonces el censor al sostener que el uso del término de posición de garante constituye un elemento fáctico, mucho más cuando al comparar los textos de la acusación y de las sentencias no se advierte variación porque la descripción en una y otras hace referencia a la aprobación irregular de becas, conducta que es idéntica a no haber aprobado de manera legal dichos beneficios o con observancia de las disposiciones normativas, es decir, son conceptos inescindibles toda vez que la conducta desviada es positiva para la descripción naturalística pero omisiva a la expectativa de la organización institucional y estatal.

Luego de transcribir en extenso precedentes jurisprudenciales en torno a la posición de garante, concluye la Delegada que en ese orden de ideas el recurrente no los consideró en cuanto instrumento meramente teórico que ayuda a desglosar y facilitar la imposición o el ejercicio del poder punitivo, por manera que el reparo no puede prosperar.

Segundo cargo:

Carece igualmente de razón la presunta transgresión de la aplicación de la figura de la comisión impropia, como quiera que las decisiones judiciales no pueden estar ceñidas a las teorías o tesis doctrinarias porque no se trata de un espacio académico o de aprendizaje, sino de pronunciamientos a través de los cuales se resuelve la situación jurídica de un ser humano.

En el caso en concreto el demandante aborda su reparo a partir de una corriente doctrinaria en particular con la pretensión de demostrar unas supuestas equivocaciones en la comprensión de términos gramaticales y su diverso sentido conforme con los supuestos filosóficos por él empleados y de la forma cómo bajo ese mismo entendimiento, deben ser corregidas.

Parte así de un equívoco al considerar que la actividad de los miembros del Comité de Becas debía analizarse bajo el punto de vista de la omisión impropia, tesis que resulta inadecuada en la medida que la actividad de examinar, estudiar y dar viabilidad a las peticiones de los funcionarios y empleados de Emcali no se asumía por voluntad propia, sino que existía toda una reglamentación para afectar el patrimonio de la entidad.

No era, en consecuencia, discutible la posición de garante respecto de su discrecionalidad de ejercer o no esa vigilancia y comportamiento positivo que evitara la defraudación, su actuar se hallaba regulado, con lo cual estamos frente a una omisión propia en el evento que dejaran de actuar de acuerdo con esos lineamientos, pero, desde luego, en aquellos eventos en que aprobaran irregularmente con desvío de poder a través del incumplimiento

de mandatos legales se estaría ante una verdadera comisión por omisión.

En ese contexto el planteamiento del demandante carece de fundamento por cuanto la jurisdicción logró probar que los procesados Imbachi e Hidalgo, teniendo la obligación reglamentaria de estudiar, clasificar, valorar y aprobar las solicitudes de beneficios educativos, omitieron sus deberes legales y convencionales y, por el contrario, actuaron en oposición a ellos al haber reconocido auxilios a personas que no llenaban las exigencias normativas con claro incumplimiento y frustración de las disposiciones que protegían el patrimonio público, lo cual constituye un comportamiento doloso por el que fueron declarados responsables, mediando además un análisis probatorio idóneo y respetuoso de los parámetros de valoración, que conduce a señalar que el reproche debe ser desestimado.

5. Acerca de la demanda presentada por el defensor de Bernardo Losada Henao.

Primer cargo.

No existe, en sentir de la Delegada, el defecto de motivación que se alega por cuanto el yerro con que se pretende sustentar no tiene la connotación anulatoria que se le atribuye, habida cuenta que las referencias a una coautoría lo son realmente a las alegaciones de la Fiscalía y la parte civil quienes demandaban una atribución de responsabilidad a ese título, pero no son consideraciones que correspondan al juzgador, lo cual se tradujo al momento de dosificar la pena porque allí en aplicación del artículo 30 del Código Penal se hizo la disminución derivada de la calidad de cómplice.

Ahora, en cuanto el reproche denuncia que no existe argumentación a través de la cual se hubiere explicado por qué al acusado se le estimaba en esa condición, también carece de razón ya que la misma se sustentó en las transferencias que realizó Emcali a través de consignaciones por becas a la cuenta del acusado, lo que éste quiso justificar con una supuesta negociación de un vehículo con Andrés Bernal cuyas condiciones no resultaron

admisibles, ora por el precio ora porque el aludido comprador enunció algunas irregularidades en la celebración del respectivo contrato, luego en ese contexto dicha negociación fue simulada a fin de justificar el ilícito origen de los dineros consignados a favor del procesado.

No obstante el amplio conocimiento que debía tener el enjuiciado en ese proceso de adjudicación de becas, por cuanto venía laborando en la empresa desde 1997, desplegó libremente y a sabiendas un comportamiento dirigido a obtener unos recursos para estudios pero sin soporte alguno, vale decir que prestó su colaboración para sustraerlos ilícitamente.

La cualificación de cómplice se derivó además del hecho de que el encausado no pertenecía a ninguno de los comités citados, ni era de las personas que incidían en el reconocimiento de las ayudas, por ende aquella noción no implicó una contradicción en sí misma, ni una infracción a los parámetros de valoración probatoria; que la segunda instancia no compartiera ese criterio no afectó garantía fundamental alguna pues, avalado el derecho de defensa, no fue modificada la forma en que concursó en la ejecución del delito, por manera que la precisión realizada por el ad quem no implica ambigüedad, ni ausencia de motivación, por lo cual la censura debe ser desestimada.

Segundo cargo.

En ningún yerro incurrió la sentencia impugnada al valorar las indagatorias de Andrés Bernal y Bernardo Losada, porque la presunta compraventa partió de un supuesto inadmisibles frente a las reglas de la lógica como lo pudo establecer aquella, cual fue el avalúo que las partes hicieron en el convenio por monto de 24 millones de pesos cuando se trataba de un vehículo que apenas costaba 9, de modo que resulta por igual inaceptable que ese precio se incrementara en 15 millones so pretexto de unos accesorios, situación que en el comercio automotor se sale de los parámetros propios del tráfico normal de estos negocios.

Por ende, la negativa en darle crédito al planteamiento de ambas injuradas fue ajustada a derecho, más aún cuando el propio Bernal Ferrín en declaración del 15 de noviembre de 2006 desmintió todo cuanto dijo Losada Henao, lo que le valió recibir amenazas de muerte.

Si bien existió la negociación del vehículo, esto se hizo con el propósito de ocultar la verdadera procedencia del dinero, que no era otra que los auxilios otorgados por Emcali.

Como en esas condiciones no fueron desconocidas las reglas de la sana crítica, sugiere el Ministerio Público desestimar el cargo examinado.

Por todo lo anterior solicita la Procuradora Segunda Delegada en lo Penal no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES:

1. Sobre la demanda presentada en nombre de Faberth Romero García.

1.1. Causal tercera.

1.1.1. Cuestiona el libelista a través de este reproche la legalidad de la actuación procesal porque en su concepto se vulneró el principio de investigación integral, vale decir se infringió un elemento basilar del debido proceso asociado a la búsqueda de la verdad real que debe animar la investigación judicial, según lo ordena el artículo 234 de la Ley 600 de 2000, planteamiento el cual implica que si bien debe demostrarse como vicio que afecta la validez de lo actuado, a su comprobación no se llega por la simple manifestación de ciertos disentimientos en relación con el contenido probatorio o con la valoración que de él haya hecho el juzgador, ni puede concluirse conculcado por el mero criterio del demandante acerca de que la responsabilidad de su prohijado no se halla suficiente esclarecida.

Como quiera que el objeto de la investigación penal es el logro de la verdad, ello obliga a

que los funcionarios que en la misma intervienen deban hacerlo con absoluta imparcialidad averiguando, en términos del citado artículo 234, “con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia”, lo que indudablemente se traduce en el deber jurisdiccional de practicar las pruebas idóneas en aras de demostrar las exculpaciones racionales del acusado.

Por ende, una propuesta de nulidad en casación sustentada en la vulneración de tal deber supone lógicamente como carga para el demandante el señalamiento de las pruebas que, bajo la determinación de su pertinencia, conducencia y utilidad se dejaron de practicar y cómo ellas variarían el sentido del fallo que se impugna.

En este evento el casacionista radica tal inconformidad en el hecho de no haberse allegado certificación del Jefe de Gestión Humana de Emcali acerca de si en sus archivos existía o no una resolución mediante la cual se le delegara a Faberth Romero las funciones de tramitar y otorgar becas, mas en esos términos propuesta la censura es evidente su intrascendencia dada la inutilidad de la prueba señalada en la medida que en el proceso se recaudaron varias otras, de índole documental y testimonial, que señalaban cuál era la situación formal y real del procesado frente al manejo de los recursos destinados a auxilios educativos.

Acá, en contra de lo aducido por el censor, sí mediaba un acto administrativo que le asignaba al enjuiciado funciones relacionadas con la administración de esos recursos, como que la Resolución 05149 del 27 de octubre de 2004 en su artículo 2º dispuso que: “Los beneficios educativos en EMCALI E.I.C. E.S.P., se administrarán, analizarán, adjudicarán y aprobarán por parte de la Gerencia del Área Administrativa, a través del Departamento de Talento Humano, con sujeción al presente reglamento”, precepto que le valió al fallador de instancia para afirmar de manera reiterada que Faberth Romero “reglamentariamente tenía el manejo y administración de los beneficios educativos”, por ser él precisamente el Jefe de Talento Humano, una de las áreas a cargo de la Gerencia Administrativa, según el

organigrama establecido en la Resolución 0820 del 20 de mayo de 2004.

Pero no solo formalmente el ejercicio de dicha función estaba previsto en un acto administrativo, sino que además testimonialmente se estableció su realidad, así: Cecilia Cardona, empleada de Emcali, aseguró que en agosto de 2004 su hermana dirigió una solicitud directamente a Faberth Romero para que se le cancelasen las becas pendientes de pago; Álvaro Pérez Sandoval, Gerente Administrativo, aseguró que en el comité de gerencia el Jefe de Talento Humano presentaba un informe del cumplimiento convencional de los beneficios educativos, así como que Romero García hizo parte del Comité de Bienestar Laboral, encargado de hacer seguimiento a los beneficios convencionales, entre estos los educativos y que en tal virtud se le solicitó esporádicamente información sobre la revisión aleatoria que hacía de los mismos; Ana Milena Ortiz, analista de nómina, informó que la documentación relativa a las becas llevaba no solo la firma del oficial Bernal Ferrín, sino también la autorización que con su visto bueno daba el jefe de Talento Humano.

Por demás, el compromiso en contra de Romero García no se derivó a partir exclusivamente de sus acciones como jefe de Talento Humano, sino también de su proceder en tanto miembro del Comité de Becas inicialmente y del Comité de Bienestar Laboral, después, y de sus actuaciones en condición de cofundador y presidente del Fondo de Empleados Fegaemcali a través del cual se materializó una de las modalidades en que se consumó la apropiación de los recursos del erario, todo lo cual evidencia más aun la intrascendencia del reparo por cuanto la prueba cuyo recaudo se dice lesivo de la investigación integral, sólo se refiere a uno de tales episodios.

En consecuencia, como al proceso se aportó prueba documental y testimonial que permitió establecer que, en contra de lo aseverado por el demandante, Faberth Romero sí tenía relación funcional con los dineros dedicados a las becas, el reproche que se formula por violación al axioma citado carece de prosperidad.

1.1.2. Igual acontece con la censura que también se postula por infracción al principio de investigación integral, esta vez por no adjuntarse el acta de posesión del Gerente Administrativo de Emcali, pues además de que por otros medios de convicción se acreditó dicha calidad, es apenas obvio que tal documento, según por igual lo indica el Ministerio Público, no contiene las funciones que al posesionado le concernían, ni mucho menos un acto de delegación como el que pretende el censor determinar por esa vía.

1.1.3. Ninguna ambigüedad o anfibología lesiva del derecho de defensa logra advertirse en el fallo impugnado porque se hubieren empleado, según el censor, los términos de autor, coautor o miembro de una empresa criminal para sustentar la responsabilidad de Romero García, porque aunque en sentido estricto correspondan a categorías jurídicas diversas no necesariamente excluyentes y sí complementarias, eso no generó incertidumbre o confusión acerca de que su compromiso se derivó en cuanto hizo confluir su voluntad y actividad para defraudar con otros el patrimonio de la entidad para la cual laboraba, de modo que desde los tres frentes antes descritos participó en aras de hacer su aporte significativo con el objetivo último de apropiarse ilícitamente de los recursos destinados a auxilios educativos, situación fáctica de la que además siempre estuvo enterado y ejerció su defensa material y técnica según se aprecia durante la investigación y el juicio.

Ahora, más allá de exponer tan escueto reparo, el censor no logra demostrar que con el uso de esa terminología la defensa haya llegado a una confusión tal que le imposibilitara su ejercicio, mucho menos cuando, se reitera, las sentencias de instancia fueron profusas en argumentar su condición de coautor y así se reflejó en la parte resolutive de las mismas, ya que en la de primera se señaló expresamente que la condena lo era en tal calidad como penalmente responsable del delito de peculado por apropiación.

De otro lado, la lesividad de la supuesta transgresión a la defensa es apenas una conjetura del demandante, cuando lo cierto es que al acusado no se le imputaron circunstancias de mayor punibilidad, no por otra razón el juzgador, al tasar la pena, se ubicó en el primer

cuarto de movilidad.

1.1.4. La inconformidad propuesta, en tanto se dice vulneradora del debido proceso por un supuesto defecto de motivación de la sentencia porque ésta dejó de valorar una serie de pruebas que en concepto del demandante acreditaban la inocencia de su prohijado, revela no sólo una impropiedad técnica sino también una omisión sustancial, toda vez que el reproche se quedó simplemente en cuestionar un aducido olvido probatorio y plantear su propia percepción de los medios de convicción que se dicen dejados de apreciar, pero sin examinar por qué la argumentación expuesta por el juzgador en esas condiciones adquiriría el calificativo de sofística o aparente.

En la temática planteada por el recurrente, la jurisprudencia de la Sala tiene establecidas como situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación, la ausencia absoluta de ella, la incompleta o deficiente, la equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente y finalmente la sofística, aparente o falsa y ocurriendo la primera (ausencia de motivación), cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión; la segunda (motivación incompleta), si deja de analizar uno cualquiera de dichos supuestos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su sustento; la tercera (equívoca), cuando los argumentos que sirven de apoyo a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o las razones que se invocan contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive y la última (sofística), si la sustentación expuesta por el fallador contradice en forma grotesca la verdad probada, así como que los tres primeros vicios constituyen en estricto rigor técnico un error in procedendo y el cuarto uno in iudicando, de modo que la vía de ataque de las primeras es la causal tercera y de la última la primera, cuerpo segundo (violación indirecta).

Es evidente, por eso, que el recurrente equivocó la senda de ataque porque alegada la motivación sofística o falsa, entendida como aquella aunque inteligible, equivocada debido a

errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración, debió postular una violación indirecta de la ley sustancial con arreglo a la causal primera, más aún si como en este caso se afirma por el libelista la omisión en analizar las pruebas de inocencia de su defendido.

No obstante tal incorrección, un examen de los medios que se dicen omitidos en su apreciación, no permite arribar a la conclusión a que llegó el censor acerca de la inocencia de su poderdante o a tachar de sofística o falsa la argumentación que en contrario expuso el juzgador, mucho menos cuando, según ha quedado expuesto, el proceso demostró que Romero García sí tenía asignadas funciones referidas al proceso de adjudicación y pago de auxilios educativos, ora en cuanto jefe de Talento Humano o como miembro del Comité de Becas o del de Bienestar Laboral.

Así, que el Acta 003 de abril de 1991 del Comité de Becas haya hecho constar que todas las funciones concernientes a su trámite y adjudicación concernían a la secretaria del Comité, no excluye al acusado en manera alguna pues si bien éste no tenía la operatividad de esas labores es apenas obvio que su intervención se daba en otros respectos. Es claro que él no recibía las solicitudes, ni las analizaba en procura de establecer los requisitos y porcentajes de auxilio, ni el que las adjudicaba, pero sí era quien participaba en el comité de becas para improbarlas o hacerles la revisión que le demandaba el cargo y su responsabilidad como administrador de recursos de la entidad y daba el visto bueno a los documentos presentados por el Oficial de Becas para que continuara el proceso de pago.

Olvida en ese contexto el casacionista que de conformidad con la Resolución 2787 del 5 de julio de 1996 “por la cual se adopta una nueva reglamentación para los auxilios educativos”, al Comité de Becas del cual Faberth Romero hacía parte, correspondía, entre otras funciones, recibir informes del área de becas sobre cupos disponibles y todo lo relacionado con los auxilios educativos; estudiar las solicitudes y definir la adjudicación de

becas, efectos para los cuales disponía de dos cargos: “oficial de becas y secretaria de becas. Estos funcionarios serán los responsables de preparar, analizar y sustentar la información para estudio del Comité y asistirán al Comité con derecho a voz”, luego eso en manera alguna indica que se hubiere despojado al acusado de sus funciones reglamentarias a través de un acta, o que nunca le correspondieron, mucho menos cuando el oficial de becas y la secretaria sólo tenían voz en el comité, pero no voto.

Lo mismo cabe decirse del diagrama de procesos, ya que las labores asignadas al Oficial de Becas no significaba que Romero García se despojaba de sus funciones en tanto jefe de Talento Humano o miembro del Comité de Becas o después del de Bienestar Laboral, así como del Manual de funciones, puesto que en contra aparecen las Resoluciones 2787 de 1996 y 05149 de 2004 ya mencionadas o del Formato de caracterización de procesos de adjudicación de becas, porque a partir de su implementación Romero García hacía parte del Comité de Bienestar Laboral al cual concernía, según la Convención Colectiva de Trabajo, artículo 54, hacer seguimiento, entre otras actividades, al proceso de becas.

De otro lado y sin que nada tenga que ver con la aducida inocencia del procesado, dada la cuantía precisada por el libelista, que se hubiere en términos de éste acreditado la legitimidad de unas sumas de dinero a favor de Romero García como empleado que fue de la Asamblea Departamental, no puede tener los efectos que se le señalan, porque más allá de esa procedencia no se demostró en modo alguno que aquellos hubieren ingresado al patrimonio de Fegaemcali, vale decir no hay nada que evidencie que esas prestaciones e indemnización laboral fueron ciertamente aportadas al Fondo, pues tal como se demostró pericialmente, más allá del asiento contable no existe soporte de ninguna naturaleza.

Tampoco la corrección efectuada por la perito contable Amelia Oviedo, patentiza el aducido defecto de motivación, ni la inocencia que el defensor pregona por ser evidente que tal prueba carece de conducencia para acreditar las funciones que competían al procesado, ya como miembro de los comités de Becas y de Bienestar Laboral, ora como jefe de Talento

Humano.

Y si de la indemnización de perjuicios se trata, además de que equivoca el censor nuevamente la vía, porque en tal respecto le incumbía obrar de acuerdo con el artículo 208 de la Ley 600 de 2000, esto es acudir a la cuantía y causales establecidas en el ordenamiento procesal civil, es claro que las inconsistencias que en ese rubro hayan podido existir no revelan una motivación sofisticada, ni mucho menos la inocencia del procesado que se pretende con la formulación de este reproche.

Ahora, ni los desembolsos, de la aseguradora, ni el reintegro del dinero por parte de algunos beneficiarios desvirtúan la comisión del delito, o la responsabilidad que por él se predica en cabeza de Romero García, ya que tales actitudes, que no fueron realizadas por el procesado, permiten por el contrario asegurar que el ilícito ya se había consumado y que en su respecto ni siquiera es viable aducir una rebaja punitiva derivada del artículo 401 del Código Penal.

Finalmente, la valoración expuesta por el censor en contraposición a la ofrecida por el juzgador, sin más críticas que éste se basó en unas que carecían de contundencia para condenar, no proclama defecto de motivación alguno sino simplemente la discrepancia del demandante frente al criterio judicial, de modo que en ese sentido a lo que éste aspira es a que se comparta su examen, olvidando que por razón de la doble presunción de acierto y legalidad es la que en ese tema haya efectuado el juzgador la prevalente.

1.1.5. Tampoco puede prosperar la denuncia que se plantea por motivación incompleta porque la lectura de las sentencias de instancia permiten observar que con suficiencia los elementos de la coautoría impropia, así como los de la responsabilidad imputada a García Romero, fueron explicitados a lo largo de sus respectivas argumentaciones.

No hay ciertamente en este proceso una prueba que de manera directa demuestre el acuerdo tácito o expreso, previo o concomitante a la ejecución del delito, lo cual es usual en

casos como este, a no ser que alguno de los implicados delate a sus compañeros de ilicitud, mas eso no significa que se haya comprobado lo contrario cuando el juzgador en una labor inferencial a partir de los hechos y de la manera en que a su ejecución concurrió cada uno de los involucrados pudo determinarlo. Por la complejidad de la función pública, las diversas etapas que la misma atraviesa, los distintos funcionarios que en ella intervienen, fue posible inferir razonablemente la existencia de ese acuerdo que el censor echa de menos.

El fallador no dio por hecho, sin más, que Faberth Romero convino con los otros procesados para defraudar el erario; a tal aserto arribó por un examen deductivo que le valió para sostener que por la naturaleza del trámite de adjudicación y pago de auxilios educativos ello sólo podía ocurrir con la participación de aquellos que intervinieron ya como beneficiarios solicitantes, o miembros de los Comités de Becas o de Bienestar Laboral, o jefe de Talento Humano, o coordinador de nómina, pues es evidente que la asignación y pago de auxilios demandaba la intervención de diversas personas y funcionarios, sin cuya concurrencia el dinero no habría podido salir del patrimonio de Emcali.

La responsabilidad de Faberth Romero no se derivó de su mera condición de Jefe de Talento Humano, tal cual erradamente lo sostiene el libelista, sino de las actividades que hizo o dejó de hacer en esa calidad, de sus omisiones en cuanto miembro de los comités de Becas y de Bienestar Laboral y de sus acciones en cuanto cofundador y presidente del Fondo Fegaemcali. No hubo en ese contexto suposición, ni presunción de los elementos de la coautoría, sino inferencias razonables que el casacionista no ha demeritado y que en todo caso no constituyen un defecto de motivación, sino nuevamente una simple contraposición al criterio del fallador.

1.1.6. Igual suerte de improsperidad corre la invocada violación al derecho de defensa porque supuestamente no se dio respuesta a las alegaciones del procesado formuladas por vía de apelación de la sentencia del a quo, toda vez que el examen de la proferida por el ad quem revela lo contrario, ya que no sólo se les dio una réplica a través de todos aquellos

argumentos que esgrimió el Tribunal para sustentar la responsabilidad del acusado y responder las alegaciones de la defensa, sino que específicamente en acápite separado se hizo el examen de las inconformidades expresadas por el procesado.

En esas condiciones el juez de segunda instancia examinó las inconsistencias destacadas por la defensa en el primer informe contable; precisó las razones por las cuales consideraba que Faberth Romero sí tenía una relación funcional con el proceso de beneficios educativos; explicó por qué no tenía a Bernal Ferrín como exclusivo responsable de dicho trámite y a cambio sí de dependiente de la Jefatura de Talento Humano según se podía concluir del análisis de la Resolución 0820 de 2004; razonó acerca de la inadmisibile justificación sobre el origen de la cuenta a favor de Romero García en Fegamecali, igualmente acerca de una alegada incongruencia entre sentencia y acusación; detalló los argumentos por los cuales consideró que el acusado sí participó personal o directamente en la ejecución del delito; elucubró frente a la delegación administrativa de funciones, la actuación del acusado en torno al Fondo de Empleados y la prescripción de la acción, lo que denota que las alegaciones del recuso sí fueron examinadas y que en ese orden no existió el defecto de motivación del que se acusa al fallo. Diferente es que el casacionista no esté de acuerdo con las respuestas ofrecidas por el juzgador de segunda instancia.

Por demás en esta temática ha sostenido la Sala:

“A la hora de interpretar el alcance del numeral 4 del artículo 170 de la Ley 600 de 2000 (que consagra para todo fallo la obligación de incluir un análisis de los alegatos de los sujetos procesales, además de la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión), es viable concluir que al juez, en virtud del principio de motivación, no le corresponde atender puntualmente todos y cada uno de los alegatos que los sujetos procesales puedan efectuarle, sino tan solo explicar desde un punto de vista racional la decisión proferida respecto de los aspectos objeto de debate, mediante la inclusión de argumentos fácticos y jurídicos deducidos del material probatorio que figura en la actuación”

(Sentencia de 18 de marzo de 2009, Rad. 26631).

O en sentencia del 20 de enero de 2016, SP136, Rad. 35787:

“Desde luego, no se puede erigir en causal de nulidad con carácter absoluto eventos en que se presentan posibles precariedades o falencias de respuesta, siempre y cuando la sentencia satisfaga en forma plena los deberes de fundamentación del supuesto fáctico y probatorio y su correlato encuadramiento jurídico, máxime cuando es insuficiente un argumento sustentador de un vicio de motivación simplemente las expectativas que el sujeto procesal tiene acerca de sus propuestas, con mayor rigor cuando del contenido de la decisión emergen suficientes y adecuadas las respuestas a los planteamientos jurídicos o probatorios que se han hecho.

Sólo aquella deficiencia en las motivaciones que posibilite considerar que se está frente a una absoluta ausencia de respuesta, o cuando la dada es en tal forma incomprensible que conspiran en contra del ejercicio del contradictorio, permite sostener vulnerado el debido proceso y eventualmente el derecho de defensa.

En esta materia, forzoso es además advertir que en casación, el hecho de considerar que las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad monolítica de decisión en aquellos aspectos ratificados, permite afirmar que hay argumentos, generalmente repetidos con la impugnación, en relación con los cuales compartir las motivaciones del a quo, suponen para el ad quem un asentimiento que suele a su vez significar autosuficiencia en las razones ya dadas para no tener que porfiar una vez más en su reiteración”.

1.2. Causal primera. Violación directa. Acusa por esta vía el casacionista la sentencia impugnada porque en su concepto erró en la calificación jurídica de la conducta debido a una interpretación equivocada al artículo 397 del Código Penal, pues en su sentir en el delito de peculado no basta ostentar la condición de servidor público, sino que además se hace necesario que los bienes o dineros que éste administre se le entreguen por razón de sus

funciones.

En esos términos, el cargo propuesto carece de fundamento porque, más allá de la incorrección técnica en la medida en que la censura no se sustenta en argumentos de exclusiva índole jurídica, sino principalmente en una crítica probatoria, ya sobre su existencia o su valoración, es lo evidente que el juzgador no basó sus consideraciones solamente en la calidad de servidor público.

En efecto, la Resolución 05149 de 2004 que los beneficios educativos se administrarán, analizarán, adjudicarán y aprobarán por la gerencia del Área Administrativa a través del Departamento de Talento Humano y la Resolución 0823 del mismo año, que a los jefes de departamento corresponde administrar adecuadamente los recursos que les sean encomendados para el buen funcionamiento de su dependencia, por una parte, y siendo Faberth Romero miembro del Comité de Becas, al cual concernía estudiar las solicitudes y definir la adjudicación de auxilios para educación y del Comité de Bienestar una de cuyas funciones era la de hacer seguimiento al proceso de otorgamiento de ayudas educativas, de otra, no cabe duda que, a diferencia de lo estimado por el censor, al acusado, además de que tenía funciones con respecto a esos beneficios, le incumbía la administración de los dineros correlativos y por razón de aquellas.

Ciertamente dentro de las atribuciones asignadas al jefe de Talento Humano en la Resolución 0823 de mayo de 2004 o Manual de Funciones, no se halla la de participar o vigilar el trámite de aprobación, reconocimiento y pago de auxilios educativos, pero sí dentro de la Resolución 05149 como ya se dijo.

Además, según se ha venido reiterando, las funciones en rededor de esos recursos no derivaron para el acusado solamente de las citadas resoluciones, sino igualmente de su condición de representante de Emcali en los Comités de Becas primero y en el Comité de Bienestar Laboral, después, lo cual no mereció para el casacionista consideración alguna.

Ahora, que en el Acta 03 del 24 de abril de 1991 el Comité de Becas haya hecho constar que todas las funciones concernientes a su trámite y adjudicación incumbían a la secretaria del Comité y al oficial de becas, no excluye al sentenciado en manera alguna, pues si bien éste no tenía la operatividad de esas labores es apenas obvio que su intervención se daba en otros aspectos. Es claro, se reitera, que él no recibía las solicitudes, ni las analizaba en procura de establecer los requisitos y porcentajes de auxilio, ni el que las adjudicaba, pero sí era quien participaba en el comité de becas para improbables o hacerles la revisión que le demandaba el cargo y su responsabilidad como administrador de recursos de la entidad y era quien daba el visto bueno a los documentos presentados por el Oficial de Becas para que continuara el proceso de pago.

Olvida en ese contexto el casacionista que de conformidad con la Resolución 2787 del 5 de julio de 1996 “por la cual se adopta una nueva reglamentación para los auxilios educativos”, al Comité de Becas del cual Faberth Romero hacía parte, correspondía, entre otras funciones, recibir informes del área de becas sobre cupos disponibles y todo lo relacionado con los auxilios educativos; estudiar las solicitudes y definir la adjudicación de becas, efectos para los cuales disponía de dos cargos: “oficial de becas y secretaria de becas. Estos funcionarios serán los responsables de preparar, analizar y sustentar la información para estudio del Comité y asistirán al Comité con derecho a voz”, luego eso en manera alguna indica que se hubiere despojado al acusado de sus funciones reglamentarias a través de un acta, o que nunca le correspondieron, mucho menos cuando el oficial de becas y la secretaria sólo tenían voz en el comité, pero no voto.

No es cierto, por lo mismo y por disponerlo a su vez la Resolución 0820 de 2004 que el analista administrativo dependiera de la Gerencia Administrativa, puesto que si bien el Departamento de Talento Humano era una dependencia, más de aquella, la planta de personal de éste incluía el cargo en mención que fuera desempeñado por Andrés Bernal Ferrín, antes oficial de becas y mientras duró el comité respectivo.

También en esta censura refiere el demandante los dineros que a favor del acusado dice obraban en Fegaemcali, pero más allá de cuestionar la valoración probatoria efectuada en ese sentido por el juzgador, no precisa de qué manera eso habría incidido en la calificación jurídica de la conducta, pues era este su planteamiento al proponer el reparo por violación directa.

Luego, si como ha quedado establecido Faberth Romero sí tenía asignadas reglamentariamente funciones en el trámite y adjudicación de becas y por razón de las mismas se le encomendó la administración de los recursos destinados a esos beneficios, es imperativo concluir que no medió la errada interpretación que en este reproche denunció el censor, luego su inconformidad carece de éxito.

1.3. Causal primera. Violación indirecta.

1.3.1. Si bien el Tribunal dedujo, lo cual difiere ya de la supuesta adición por la cual se acusa al fallo impugnado, con base en la declaración, entre otros de Álvaro Pérez Sandoval, que Faberth Romero García tenía a su cargo la aprobación final de las becas, entre sus funciones respecto a esos auxilios, tal afirmación que obedece más a un juicio del sentenciador que a una alteración del contenido objetivo de la prueba, no constituye por lo mismo el error de hecho que en este reparo denuncia el demandante.

Ahora, tal razonamiento no resulta errado en el contexto dentro del cual se ejecutaron los hechos, ni dentro de aquél informado por el testigo, porque de acuerdo con éste para el trámite ya definitivo de nómina, esto es para el pago cierto de las becas, era necesaria la revisión del jefe del Departamento de Talento Humano, previa disponibilidad presupuestal certificada por Beatriz Velásquez, luego en esas condiciones es indudable que el acusado ostentaba disponibilidad jurídica y material de esos recursos.

1.3.2. Tampoco se evidencia falso juicio de identidad alguno al valorarse el testimonio de Ana Milena Ortiz porque sus afirmaciones acerca de la intervención de Romero García en el

trámite que se surtía para el pago de las becas no fueron tergiversadas. Ella sostuvo que recibía la documentación contentiva de los listados de beneficiarios con sus respectivas especificaciones, la cual iba suscrita por el asistente administrativo Bernal Ferrín y autorizado por el Jefe de Talento Humano Faberth Romero, con su visto bueno. A partir de allí en correlación con otras pruebas el sentenciador sostuvo que el acusado sí tenía disponibilidad jurídica de los recursos, en parte alguna señaló al procesado como la persona que manejara el presupuesto, ni que fuera propiamente el ordenador del gasto, simplemente que por razón de las funciones atribuidas en el proceso de pago de becas detentaba la disponibilidad jurídica de los recursos, tanto que el pago de las mismas se condicionaba a la revisión que él efectuara.

1.3.3. Más allá de la inconsistencia técnica del reparo por cuanto en relación con un mismo aspecto fáctico del testimonio se denuncia un falso juicio de identidad en sus modalidades de supresión y adición, lo cierto es que en el examen de la responsabilidad del acusado, ni en la sentencia de primera, ni en la de segunda instancia, se valió el juzgador del testimonio de Ángela Montaña, no por lo menos en los hechos referidos por el censor, luego mal podría haber incurrido en una alteración del contenido material de esa prueba.

Que Ángela Montaña haya declarado que gestionó ante Andrés Bernal un auxilio educativo y éste le informó que debía entregar el correspondiente recibo cancelado para luego sí proceder al desembolso, no revela de ninguna manera que Faberth Romero no era jefe de aquél o que no le correspondiera revisar y aprobar un trámite en el proceso de adjudicación de las becas, mucho menos cuando como se ha reconocido a lo largo de este asunto, Bernal Ferrín en tanto oficial de becas cuando existió el respectivo comité, o como analista administrativo, era el encargado de tareas operacionales, entre otras la recepción de la documentación y análisis de la misma.

Ahora cuando el juzgador se refirió a las adiciones presupuestales fue porque el acusado sostuvo que no le correspondían, eso para supuestamente acreditar que no era jefe de

Bernal Ferrín, luego no se trató ciertamente de una afirmación del Tribunal, mucho menos si éste simplemente desvirtuó la afirmación de Romero García de que no era jefe del analista administrativo, pero no a través de una atestación en aquél sentido sino de la planta de personal que integraba el Departamento de Talento Humano, de conformidad con la Resolución 0820 de 2004.

1.3.4. La Resolución No. 05149 de octubre de 2004 en su artículo 2º dispuso que los beneficios educativos en Emcali se administrarán, analizarán, adjudicarán y aprobarán por parte de la gerencia del área Administrativa, a través del Departamento de Talento Humano, luego ninguna adición le hizo el sentenciador a dicha prueba en su valoración por ser razonable y lógico que si tal función se le asignaba a su dependencia, el responsable era su jefe, lo que por demás ratifican los hechos según los cuales de diversas maneras participó Romero García en el trámite de dichos beneficios y en la innegable pertenencia de Bernal Ferrín a la planta de personal del citado departamento.

Si el acto administrativo pretendía asignar esa atribución a otra persona que no fuera el jefe del Departamento de Talento Humano bastaría simplemente con que lo hubiere precisado, pero no, acá la función se le atribuyó a toda la dependencia y el jefe y responsable de él era Faberth Romero.

Por demás incurre el censor en el reiterado error de considerar que la responsabilidad del acusado se sustentó exclusivamente por sus acciones ejecutadas o por las funciones ejercidas como Jefe de Talento Humano, cuando las sentencias de instancia fueron clara en discriminar tres frentes a través de los cuales se derivó dicho compromiso: jefatura del departamento en mención, pertenencia a los comités de becas y de bienestar laboral y creación y presidencia de Fegaemcali.

1.3.5. Ni en el examen general que sobre los hechos hizo el juez de primera instancia, ni en el que de manera particular efectuó el mismo y el Tribunal en relación con el procesado

Faberth Romero, advierte la Corte que se hayan sustentado en el testimonio de Beatriz Velásquez Durán para arribar a la conclusión de que sí le incumbían funciones en torno al otorgamiento de becas, luego en ese sentido mal puede argüirse un falso juicio de identidad por supresión.

Ahora, si es porque no se tuvieron en cuenta las afirmaciones de la testigo en el sentido de que Bernal Ferrín era el responsable del trámite y otorgamiento de becas; que el ordenador del gasto era el Gerente Administrativo y que el Departamento de Talento humano, no el jefe de éste, era la oficina que determinaba a quién y cuánto se pagaba por beca, no encuentra en ello la Sala equívoco de valoración alguno, pues, de acuerdo con lo ya considerado, Bernal Ferrín era quien ejecutaba las labores mecánicas u operacionales de ese proceso, lo cual no eximía de la función, ni de la responsabilidad que por su ejercicio le cabía al jefe de Talento Humano a cuyo departamento se le encargó precisamente la función de administrar esos beneficios educativos.

Además, en los términos propuestos, carece el reproche de trascendencia en tanto desconoce nuevamente el censor, no sólo la normativa contenida en el acto administrativo, esto es la Resolución 05149 de 2004, sino que la responsabilidad del procesado se originó no solamente por sus acciones como jefe de Talento Humano.

1.3.6. La misma crítica de intrascendencia ha de plantearse en torno al reparo que se formula por falso juicio de existencia por omisión del Acta 003 del 24 de abril de 1991 del Comité de Becas de Emcali, donde consta que todas las funciones concernientes al trámite y adjudicación de becas le fueron asignadas a la Secretaria de ese comité, es decir que al Jefe de Talento Humano no se le atribuyó ninguna de tales funciones, pues olvida en ese contexto el casacionista que de conformidad con la Resolución 2787 del 5 de julio de 1996 “por la cual se adopta una nueva reglamentación para los auxilios educativos”, al Comité de Becas del cual Faberth Romero hacía parte, correspondía, entre otras funciones, recibir informes del área de becas sobre cupos disponibles y todo lo relacionado con los auxilios

educativos; estudiar las solicitudes y definir la adjudicación de becas, efectos para los cuales disponía de dos cargos: “oficial de becas y secretaria de becas. Estos funcionarios serán los responsables de preparar, analizar y sustentar la información para estudio del Comité y asistirán al Comité con derecho a voz”, luego eso en manera alguna indica que se hubiere despojado al acusado de sus funciones reglamentarias a través de un acta, o que nunca le correspondieron, mucho menos cuando el oficial de becas y la secretaria sólo tenían voz en el comité, pero no voto.

Vale decir que para el año 2004, cuando se inició la ejecución de la defraudación ese era el esquema que regía, esto es un oficial de becas y una secretaria de becas, con voz y sin voto en ese órgano, encargados de preparar, analizar y sustentar la información para estudio del Comité del que hacía parte Faberth Romero y al cual le correspondía aprobarlas.

En ese orden la afirmación del ad quem acerca de que Romero García tenía funciones reglamentarias en materia de otorgamiento de beneficios educativos se encuentra debidamente sustentada documental y testimonialmente.

1.3.7. Tampoco trasciende el reparo que se formula como falso juicio de existencia al dejarse de apreciar el Diagrama de Procesos, toda vez que aunque en dicho documento se establezca que el encargado del trámite de los auxilios educativos era Bernal Ferrín, ello no excluye a Faberth Romero del ejercicio de las funciones que le fueron asignadas en ese proceso porque su departamento, del cual era el jefe, tenía por atribución reglamentaria administrar tales recursos, además de que era miembro del Comité de Bienestar Laboral y desde allí, a partir de octubre de 2004, se le asignó la función de hacerle seguimiento a ese rubro.

La función ejecutiva de Andrés Bernal, como lo señala el Ministerio Público, no releva de responsabilidad al jefe de Talento Humano, toda vez que aquél, en cuanto desarrollaba la parte operativa, mecánica o material, no actuaba autónomamente, dependía del Jefe de

Talento Humano y del Gerente Administrativo.

1.3.8. No apreciarse los reintegros de dinero que por becas hicieron algunos de los beneficiarios, ni el desembolso que por reparación hizo una aseguradora a Favor de Emcali, carece de incidencia en la declaración de responsabilidad hecha en la sentencia impugnada.

Si se trata exclusivamente de perjuicios le era imperativo al censor acudir a las causales y a la cuantía señaladas en el ordenamiento procesal civil, pero si se hace relación al monto de la apropiación, además de que eso en nada incide en la responsabilidad que se cuestiona a través de la violación indirecta, es indudable que la suma del ilícito no disminuye porque se hayan producido unos u otro, como que para este momento el delito ya está consumado de modo que eventualmente y en tanto el reintegro se haga por alguno de los procesados, o a su nombre, las consecuencias jurídicas serían otras, como la rebaja punitiva prevista en el artículo 401 del Código Penal.

1.3.9. Las mismas reflexiones efectuadas en torno al Diagrama de Procesos cabe hacerse ante la alegada omisión de valorar el Formato 3 de Caracterización de Procesos de Adjudicación de Becas, pues que en él conste que desde octubre de 2004 Emcali mantuvo en cabeza de Bernal Ferrín la función de tramitar y otorgar becas, no releva a Faberth Romero de las funciones que le concernían como Jefe de Talento Humano y miembro del Comité de Bienestar Laboral en ese proceso, mucho menos cuando por acto administrativo se le atribuyó al departamento del cual era el jefe la administración de esos beneficios.

1.3.10. Si bien el fallo impugnado no examinó las liquidaciones que con origen laboral se hicieron a favor de Romero García por razón de su desempeño en la Asamblea Departamental, tal omisión no tiene el efecto que pretende atribuirle el censor, como quiera que lo afirmado en la sentencia recurrida es que, más allá del mero asiento contable, no existía soporte alguno de la manera cómo esos dineros entraron o fueron aportados a

Fegaemcali, es decir, no se cuestiona finalmente si esos dineros provenían o no de aquella fuente, lo que se critica por el juzgador es que no existan soportes de su entrega al Fondo de Empleados para que después resulte como suma a favor del acusado.

1.3.11. Tampoco incide en la declaración de responsabilidad la no valoración del auto dictado por la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Cali el 15 de octubre de 2010, toda vez que además de la autonomía de las acciones fiscal y penal y de su naturaleza y supuestos diversos, la investigación de aquella tuvo por fundamento fáctico la concesión de beneficios a 11 empleados de Emcali, lo cual corresponde a una mínima parte de la defraudación objeto del proceso penal, mientras que el archivo de las diligencias se sustentó en la reparación del daño derivado de esos auxilios por virtud del desembolso que hiciera una aseguradora.

Por igual carece esa omisión de incidencia en la tasación de la pena, dado que el resarcimiento allí producido no provino del acusado, ni fue realizado en su nombre como para entender cumplidas las exigencias del artículo 401 del Código Penal.

1.3.12. y 1.3.13. Ciertamente el fallo no examinó los testimonios de Francia Moreno ni de Isabel Quintana, secretaria de la Gerencia Administrativa de Emcali y Carmenza Paz Gómez, directora de Control Interno, pero tal omisión carece de la trascendencia que le señala el censor porque, según se ha dicho reiteradamente, que Bernal Ferrin fuera el contacto con las cooperativas para efectos de dichos auxilios, quien recibiera las solicitudes de becas y tramitara la documentación para que surtiera las diversas etapas hasta cuando se produjera el pago, no exonera de responsabilidad a Romero García por las funciones que reglamentariamente le correspondían frente a esos recursos, en tanto jefe del Departamento de Talento Humano o miembro de los Comités de Becas y de Bienestar Laboral.

Mal podría de otro lado, entenderse sustituido por un testimonio el mandato establecido en

el acto administrativo que atribuyó al Departamento de Talento Humano administrar, analizar, adjudicar y aprobar los beneficios educativos.

1.3.14. Que el Comité de Becas hubiere desaparecido con la Convención Colectiva de Trabajo acordada para el período 2004-2008 tampoco exime al acusado de aquellas responsabilidades asignadas en el trámite de auxilios educativos, pues en su lugar fue creado el Comité de Bienestar Laboral, del que igualmente hizo parte Romero García y aunque a dicho órgano ya no le correspondía la aprobación de las becas, sí se le encargó la función de hacerle seguimiento, entre otros, a ese ítem.

Luego la omisión en valorar la certificación expedida por Juan Martín Mancera Espinosa, Jefe del Departamento de Gestión Laboral y Protección Social de Emcali, carece también de significación, ya que desde uno u otro comité, aunque con actividades distintas el encausado tenía funciones relacionadas con el otorgamiento de esas ayudas para educación.

1.3.15. y 1.13.16. Los falsos raciocinios propuestos suponen infringido lo que el censor denomina principio de implicación, cuando éste no se trata realmente de un axioma lógico por fuera de aquellos que lo estructuran como el de no contradicción, identidad, tercero excluido y razón suficiente, aun con la discusión acerca de si este último responde a dicho talante. Más que un principio basilar se trata de un método, lógico sí, de razonamiento que conduce a inferir algo desconocido, por ende en tanto carece de connotación axiomática, su vulneración en cuanto método, no conlleva a la de la sana crítica.

No obstante, no encuentra la Sala que los razonamientos del Tribunal hayan infringido ese método inferencial, sobre todo porque el censor le atribuye a la sentencia recurrida supuestos de los cuales no partió o son apenas una parte de los que sirvieron de sustento para erigir la responsabilidad penal del enjuiciado.

No es cierto, por eso, que el compromiso de Romero García se hubiere deducido por el sólo hecho de ser Jefe de Talento Humano o miembro de los Comités de Becas y de Bienestar

Laboral, a tal inferencia llegó el sentenciador por el examen de las funciones que en esos ámbitos le correspondían, así como por su actividad como creador y presidente del Fondo de Empleados, luego a la base del raciocinio del sentenciador, como ha sido explicado a lo largo de esta decisión, no existió falacia alguna, mucho menos cuando los actos administrativos y la convención colectiva son claros en indicar cuáles eran las atribuciones que atañían al Jefe de Talento Humano y a los miembros de los citados comités.

Ahora, entratándose de Fegaemcali es apenas obvio que formal y aparentemente no fue constituido con el propósito de canalizar a través suyo los dineros que eran objeto de apropiación, empero los hechos y las pruebas que los acreditan señalan que real y materialmente allí fueron a parar muchos de los beneficios educativos irregularmente otorgados so pretexto de cubrir algún crédito educativo que aparentemente se había concedido a empleados de Emcali.

En esa medida los falsos raciocinios denunciados no se advierten configurados en la sentencia cuestionada.

1.3.17. El falso raciocinio por infracción al principio lógico de no contradicción se produce cuando por la valoración de la prueba el sentenciador elabora dos juicios incompatibles entre sí, no cuando, según el sentir del casacionista, se utilizan métodos de apreciación que se repelen, pues en tal caso no hay juicios del sentenciador en relación con los cuales examinar su legalidad.

Sin embargo, el examen de las sentencias de instancia, en cuanto unidad inescindible, permite advertir que en contra de lo asegurado por el censor, no hay asomo en ellas de que el razonamiento del sentenciador hubiere obedecido a la libre convicción. Lo que se aprecia es que la existencia del delito y la responsabilidad del procesado fue debidamente fundada tanto fáctica, como probatoria y jurídicamente, por eso sus argumentos fueron sustentados en normas de diverso orden contenidas no sólo en la ley, sino también en actos

administrativos y en la convención colectiva, así como en prueba pericial, testimonial y documental que dieron cuenta del otorgamiento irregular de beneficios educativos y de su apropiación ilícita.

Por eso, el personal parecer del juzgador, sin más, no fue el de que Faberth Romero era el encargado del trámite de los auxilios educativos, su razonamiento en ese sentido no se basó, como dice el casacionista, en un pálpito, en una conjetura o en una suposición, sino en las pruebas que a lo largo de esta providencia se han venido reseñando y examinando.

1.3.18. Ciertamente es que el fallador sustentó la responsabilidad de Romero García tras considerar las funciones genéricas, pero también específicas que respecto a las becas incumbían al Jefe de Talento Humano, cargo que lo ponía en condición de mando y superioridad sobre Andrés Bernal, de quien por tanto era su jefe; que en esa misma condición le correspondía no solo proteger los dineros que le entregaban frente a la disponibilidad presupuestal, sino también respecto de algún desfaldo o desvío, por eso tuvo que haberse dado cuenta de la defraudación porque no solamente era el Jefe de Talento Humano sino que hacía parte del Comité de Becas y de Bienestar Laboral y era el presidente de Fegaemcali, entidad esta que fue creada precisamente para desviar los dineros; y que Faberth, como Jefe de Talento Humano, adscrito a la Gerencia Administrativa debía administrar adecuadamente los recursos a él asignados, incluidos los de beneficios educativos cuyo manejo le competía reglamentariamente.

Tales fundamentos, a diferencia de lo alegado por el demandante, fueron debidamente acreditados con prueba documental, pericial y testimonial obrante en el proceso y no resulta desvirtuada por la que el casacionista dice omitida a causa de su intrascendencia, pues si bien la Resolución No. 823 del 20 de mayo de 2004 no le confía al Jefe de Talento Humano de modo específico la administración de recursos destinados a auxilios educativos, sí le fue asignada de esa manera en la Resolución 05149 del 27 de octubre de ese año y de modo genérico en aquella al disponer que le corresponde administrar adecuadamente los recursos

que le sean encomendados para el buen funcionamiento de su dependencia.

Igual prédica debe hacerse en torno al Formato 3 de Caracterización de Adjudicación de Becas o al Diagrama de Procesos, porque aunque se diga en ellos que la persona encargada del trámite o curso de beneficios educativos era Bernal Ferrín, eso no desdice la responsabilidad, como ya se ha sostenido repetidamente, que le incumbía al acusado como Jefe de Talento Humano, según los referidos actos administrativos, o como integrante de los pluricitados comités.

Ahora, que el Jefe de Talento Humano no lo era de Bernal Ferrín para efectos del trámite y otorgamiento de becas es sólo una deducción personal del casacionista, en cuanto la prueba documental (Resolución 0820 de 2004), indica que el analista administrativo pertenecía a la planta de personal del Departamento de Talento Humano cuyo jefe era Faberth Romero, luego vale decir que ese fundamento del fallo se encuentra debida y probatoriamente sustentado.

En fin, si se trata de cuestionar la prueba indiciaria, los hechos indicadores fueron demostrados con prueba idónea, sin que la que se dice omitida logre desvirtuar la que le sirvió de soporte al juzgador, por ello el error de hecho que por falso juicio de existencia por omisión de la prueba demostrativa del indicante se denuncia, no fue cometido en la sentencia impugnada.

1.3.19. Si el principio lógico de tercero excluido, en cuanto disyuntiva del de no contradicción excluye o deja por fuera una tercera posibilidad entre lo que es y lo que no es, de modo que entre dos juicios contradictorios no hay un tercero, o una cosa es o no es, o todo tiene que ser o no ser, o entre lo verdadero y lo falso no puede haber término medio, es evidente que el discurso del censor no obedece a una tal concepción como para concluir que ese axioma lógico fue infringido en la elaboración de las inferencias del juzgador como parte de la prueba indiciaria.

No se advierte de qué manera pudo vulnerarse ese principio porque el sentenciador haya razonado en términos según los cuales el acusado se apropió de dineros del erario, asociado para ese fin con otros funcionarios y empleados de Emcali, cuál fue en esas condiciones la tercera eventualidad o juicio que elaboró el sentenciador de entre dos posibles, cuál fue el juicio que entre la verdad y la mentira construyó sobre esos fundamentos de responsabilidad?

Acá, en la dialéctica de la investigación, se presentaron dos tesis contradictorias, la de la acusación, avalada finalmente por el juzgador acerca de que las pruebas demostraban la relación funcional del acusado en el trámite de las becas y la de la defensa que la negaba. El sentenciador acogió la primera en desmedro de la segunda sin plantear una tercera posibilidad, por eso la afirmación de que no hubo transgresión alguna al principio aducido, máxime cuando sin relación alguna con la vulneración denunciada se terminan entremezclando argumentos referidos a la libre persuasión racional y a la íntima convicción.

Por tanto, como ninguno de los reparos propuestos en la demanda formulada a nombre de Faberth Romero prosperan, la sentencia en su respecto no será casada.

2. Sobre la demanda presentada en nombre de Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar.

2.1. Causal Tercera.

2.1.1. “Falta de motivación completa o motivación insuficiente incompleta o deficiente en relación con la cuantía del valor neto de la supuesta defraudación”.

Al cuestionar el monto de los perjuicios fijados en la sentencia le resultaba imperativo al censor en acatamiento del artículo 208 de la Ley 600 de 2000 dirigir su ataque de conformidad con la cuantía y causales que regulan la casación civil.

Además, propuesto un defecto de motivación y según lo ha entendido la Sala, tal como se dejó explicitado al responder la anterior demanda, era necesario que precisara cuál fue el vicio en ese sentido, lo que no aparece patente ni siquiera desde la inicial postulación del reproche por cuanto no se entiende si lo que se denuncia es una falta de motivación, o una deficiente o incompleta.

Dadas sin embargo las argumentaciones con que se dice sustentar la censura diríase que la crítica lo es porque el fallo no expuso ningún fundamento jurídico relacionado con el tema de indemnización de perjuicios, de manera que, en sentir del demandante, sin disquisición de ninguna clase fijó aquél rubro en \$3.286'885.154,00.

Empero, examinadas las sentencias de instancia forzoso es concluir que la censura carece de fundamento porque, si se trata de la proferida por el a quo, entre páginas 118 a 130 se aprecia una extensa argumentación acerca de cómo se llegó a esa suma defraudada, efectos para los cuales se analizaron los informes con que se dio inicio a la investigación, así como los diversos dictámenes periciales contables que se practicaron en el curso del proceso.

A su turno el ad quem hizo lo propio y acogiendo como suyas algunas consideraciones de la acusación de primera instancia determinó el monto y el origen de la defraudación, pero además dio respuesta específica a las inconformidades que en torno a la cuantía se habían planteado en el recurso de apelación, según se aprecia en las páginas 122 a 125 de aquella.

Ahora, determinada por esos medios que esa fue la cuantía de la apropiación ilícita, el juzgador razonadamente estimó que el acusado era coautor de toda ella y en esa medida, en acápite especial (página 184 de la sentencia de primera instancia), lo condenó a la consecuente indemnización fundado para ello en los artículos 94 del Código Penal, 2341 del Civil y 56 del de Procedimiento Penal, señalando además las razones por las cuales sólo

condenaba en perjuicios materiales y no también morales.

En esas condiciones y como quiera que el cargo se propuso por vía de nulidad porque supuestamente la sentencia careció de motivación, es patente que lo considerado devela su improsperidad, por eso mismo resultan inoficiosos todos los demás cuestionamientos que se entremezclan en el reparo habida cuenta que éstos revelan más una inconformidad con las explicaciones del juzgador que un defecto de sustentación, críticas que por demás no pueden conducir a los efectos que pretende el censor como la rebaja punitiva del artículo 401 del Código Penal por ser claro que el acusado no reintegró suma alguna, ni nadie lo hizo a su nombre.

Mucho menos puede considerarse exitoso el reproche cuando se tacha de equívoca la motivación por haberse proferido la condena en meses, pues entiende inusitadamente el libelista que esa terminología corresponde a la Ley 890 de 2004 y no a la 600 de 2000, la cual de haberse aplicado, dice, habría conducido a tasar la pena en años.

Tal argumento en nada trasluce un vicio de motivación porque el uso de esos términos cronológicos no corresponden con exclusividad a un ordenamiento en especial, ni en este asunto permiten advertir que se haya aplicado indebidamente la Ley 890 porque examinada la tasación efectuada por el juzgador es indiscutible que ésta se basó en el artículo 397 de la Ley 600 de 2000 sin el aumento punitivo prescrito en la 890 de 2004.

2.1.2. No desconoce desde luego la Sala cuán importante en el catálogo de derechos fundamentales resulta el de la dignidad humana. Sin embargo, entratándose de nulidades y del principio de taxatividad que rige su declaratoria, no prevé el ordenamiento que por su vulneración el proceso corra la suerte de invalidez.

El ordenamiento señala, artículo 306 de la Ley 600 de 2000, solamente la falta de competencia del funcionario judicial, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y la violación del derecho de defensa, como causales que pueden

dar lugar a la anulación de lo actuado.

En este reproche, más allá de si el lenguaje utilizado en el proceso estuvo o no cargado de adjetivos innecesarios e inadmisibles que infringen la prohibición legal de hacer calificaciones ofensivas, no se evidencia cómo a través de su expresión podría haberse configurado alguna de las causales de nulidad, tampoco ese aducido vocabulario patentiza un defecto de motivación, ni su profundidad.

No se advierte de qué manera esa carga anímica de que habla el demandante se haya reflejado en la imposición de una condena pecuniaria cuando ésta fue sustentada desde todo punto de vista, o en la valoración probatoria porque la misma, según se verá adelante, no vulneró parámetro legal alguno.

2.1.3. Si bien todas las causales de casación entrañan alguna violación a una garantía procesal, es suficientemente claro que no todas deben conducirse por la tercera del artículo 205 de la Ley 600, pues algunas a pesar del inicial aserto tienen una especial vía de ataque, como la incongruencia (causal segunda), o la violación de la ley (causal primera).

En este reproche el censor denuncia una infracción al principio de investigación integral, pero no por que se hayan desconocido los parámetros del artículo 234 ídem, sino porque en su labor de valoración probatoria el sentenciador no tuvo en cuenta algunos medios de convicción legal y oportunamente practicados.

Los errores de hecho por falso juicio de existencia no constituyen en esas circunstancias una afrenta propiamente dicha al principio de investigación integral y en caso de que se acreditaran la solución no es ciertamente la invalidez del fallo, sino eventualmente su sustitución, de ahí la improsperidad del reparo.

2.1.4. Violación del derecho de defensa en su expresión de investigación integral por no practicarse una prueba decretada, so pretexto de una renuncia tácita.

Como ya antes se manifestó, un planteamiento por vulneración al axioma de investigación integral implica que si bien debe demostrarse como vicio que afecta la validez de lo actuado, a su comprobación no se llega por la simple manifestación de ciertos disentimientos en relación con el contenido probatorio o con la valoración que de él haya hecho el juzgador, ni puede concluirse conculcado por el mero criterio del demandante acerca de que la responsabilidad de su prohijado no se halla suficiente esclarecida.

Por cuanto ciertamente el objeto de la investigación penal es el logro de la verdad, ello obliga a que los funcionarios que en la misma intervienen deban hacerlo con absoluta imparcialidad, averiguando en términos del citado artículo 234, “con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia”, lo que indudablemente se traduce en el deber jurisdiccional de practicar las pruebas idóneas en aras de demostrar las exculpaciones racionales del acusado.

Por ende una propuesta de nulidad en casación sustentada en vulneración de tal deber supone lógicamente como carga para el demandante el señalamiento de las pruebas que, bajo la determinación de su pertinencia, conducencia y utilidad se dejaron de practicar y cómo ellas variarían el sentido del fallo que se impugna.

En este evento, aun con independencia de si se presentó o no una renuncia tácita a la incorporación de la prueba por parte del acusado, o si el acto fue en esas condiciones convalidado por éste, lo importante es que para efectos de demostrar la transgresión denunciada, al censor le correspondía acreditar la conducencia, utilidad y pertinencia de los medios de convicción que se dice no fueron practicados a pesar de su decreto.

Las pruebas en esa situación, según el demandante consistieron en oficiar a la Gerencia de Gestión Humana y Administrativa de Emcali, así como a la Gerencia Financiera con el fin de corroborar la fecha de retiro de Marco Antonio Posso Patiño, la razón del mismo, el cargo

desempeñado, naturaleza de su relación laboral, funciones y reemplazo y si Aristizábal Salazar tenía en la Financiera firma registrada que lo autorizara para ordenar gastos o pagos con cargo al presupuesto de Emcali, luego si estas eran las finalidades del recaudo de esos medios probatorios evidente es su inutilidad por superfluos toda vez que, ante la libertad probatoria, tales hechos era posible establecerlos con otras pruebas ya incorporadas al proceso, como las indagatorias de Romero García, del propio Aristizábal, las declaraciones del gerente administrativo o de Naury Mary Bolaños, profesional administrativo III, o el documento presentado por el mismo Marco Antonio Posso, como que a través de ellas era posible establecer quién era el ordenador del gasto, qué funciones desempeñó Posso y la duración de su cargo, que lo fue formalmente hasta el 20 de mayo de 2004 cuando fue suprimido por la reestructuración de Emcali, por tanto en esas condiciones el principio de investigación integral no sufrió afectación alguna.

2.2. Causal primera. Violación directa de la ley sustancial.

2.2.1. Aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, falta de aplicación del 10º ídem y 6 y 122 de la Constitución, lo cual condujo a tener por típica una conducta que no lo era.

En desmedro de los parámetros propios de la senda de ataque escogida el censor cuestiona el fallo no desde el punto de vista estrictamente jurídico como era su deber, sino porque el juzgador haya considerado que Rodrigo Aristizábal tenía disponibilidad jurídica sobre bienes o recursos de las becas dada su participación en el Comité de Becas o de Bienestar Laboral y como Jefe de Nómina y representante legal de Fegaemcali, o por el ejercicio material de funciones relacionadas con el trámite de los auxilios, lo cual equivale a decir que sus críticas lo fueron en la fijación de los hechos efectuada por el sentenciador y no propiamente en la aplicación, interpretación o inaplicación de una norma.

Se ratifica dicho aserto cuando arguye que las afirmaciones generales hechas por los funcionarios judiciales en este asunto, ajenas a los requisitos para acusar pues para este

acto se exige precisión de las personas, de los declarantes, de las conductas típicas, con sus elementos normativos y de las cuantías constitutivas de peculado, evidencian que no se precisaron las condiciones de modo, tiempo y lugar correspondientes, ni hubo el cálculo matemático acerca del monto de lo apropiado.

En esas circunstancias no hay en el cargo demostración acerca de que desde el punto de vista estrictamente jurídico la conducta imputada al acusado fuera atípica, mucho menos cuando en algunos de sus apartes se dedica a señalar que la cuantía del ilícito fue indeterminada, lo cual por demás revela una infracción al principio de no contradicción por cuanto con éstos da por sentada la tipicidad del hecho que en un comienzo pretendió negar.

Ninguna vocación de éxito puede tener una censura por violación directa de la ley sustancial si para su demostración se esgrimen argumentos según los cuales el cúmulo de yerros fácticos y jurídicos consistió no solo en atribuir cargos laborales y responsabilidades que el acusado no tuvo, sino que además las cuentas fueron hechas con la misma ligereza del lenguaje agresivo, en contra de la sobriedad propia de toda decisión judicial.

Mucho menos si se sustenta en razonamientos de acuerdo con los cuales si un servidor público, con funciones precisas determinadas en la ley o el reglamento, ejerce una que le es ajena, no responde como funcionario sino como particular ya que en esas circunstancias no media la relación funcional o nexo entre sujeto, verbo rector y bien jurídico, lo cual equivaldría entonces a decir que ni siquiera podría existir típicamente el delito de abuso de función pública que consiste precisamente, de acuerdo con el artículo 428 del Código Penal, en ejercerse por parte de un servidor público funciones diversas a las que legalmente le corresponden.

Lo anterior, no para señalar que el acusado Aristizábal incurrió en el punible de abuso de función pública, sino para denotar cómo los argumentos del censor no acreditan en manera

alguna la violación directa de la ley denunciada en esta censura.

2.2.2. Más allá de la sería contradicción, puesta de presente por el Ministerio Público, que evidencia la postulación de esta inconformidad al plantearse simultáneamente la aplicación indebida y la falta de aplicación del artículo 10º, es lo cierto que ninguna transgresión directa a la ley se advierte por el hecho de que el juzgador no haya desmentido la afirmación de la parte civil acerca de que Álvaro Aristizábal tenía posición de garante, rayando además el reproche en una carencia de interés por cuanto el libelista aboga por la situación de otros procesados sin ser su defensor.

Con independencia del acierto o no sobre la responsabilidad en esa condición, es claro que si el juzgador no desmintió a una de las partes, no significa que haya acogido su posición tácitamente y sin argumentación alguna.

A partir de ahí mal podía elaborar el casacionista todo un discurso teórico sobre la posición de garante sólo para demostrar que el juzgador no desmintió a la parte civil, menos aún sobre supuestos jurídicos errados o contrarios a la jurisprudencia, pues predicar la atipicidad de la conducta imputada a Aristizábal sobre la base de que no se le podía endilgar la posición de garante dado que esta figura sólo es aplicable a los delitos previstos en el parágrafo del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, desconoce las orientaciones jurisprudenciales sentadas por la Sala.

Así, en sentencia del 27 de julio de 2006, Rad. 25536 sostuvo:

“Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La primera -incisos 1º y 2º-, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional posición de garante, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos

de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante.

La segunda –inciso 3º con sus cuatro numerales, y párrafo– alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la posición de garante comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3º del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el párrafo del artículo, esos cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales.

Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo,

dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”.

Por demás esta censura se contradice con la siguiente pues allí se acepta, ahora sí, que la Corte ha admitido la existencia de una posición de garantía general contenida en la primera parte del artículo 25 del Código Penal, aplicable para delitos diversos a los relacionados en el párrafo.

En esas condiciones el cargo no puede prosperar.

2.2.3. Aplicación indebida de los artículos 397 y 29 del Código Penal y falta de aplicación de su artículo 30 en tanto a Álvaro Rodrigo Aristizábal se le ha tratado erróneamente como coautor impropio del delito de peculado.

Si la coautoría impropia, en términos expuestos reiteradamente por la Sala, implica que cada uno de los sujetos intervinientes en el punible no lo ejecutan integral y materialmente, pero sí prestando una contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito y previo o concomitante con la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada uno de aquellos ejecute la totalidad del supuesto fáctico descrito en el tipo, no se entiende de qué manera podría haber el sentenciador infringido de modo directo la ley sustancial porque le haya asignado tal condición al procesado, si eso por demás fue lo que revelaron las pruebas.

Haber reconocido que Aristizábal no perteneció al Comité de Becas o que no era el ordenador del gasto no conlleva a sostener ausente su calidad de coautor si por otro lado, como en efecto sucedió, se demostró que sí intervino en el trámite de esas becas y en la asignación de los recursos respectivos en la medida en que actuó en alguna de las etapas

que obligatoriamente debía cursar ese proceso hasta llegar a su fase final de pago, porque de una parte era quien daba el visto bueno a todas las decisiones y documentos que en esa materia tomara y expediera Faberth Romero, de quien era su asistente, coordinaba la nómina o lideraba esa área, hacía parte del Comité de Bienestar Laboral al cual le correspondía hacer seguimiento, entre otras actividades, a la de beneficios educativos y finalmente era el representante legal de Fegaemcali, fondo a través del cual efectivamente se canalizaron muchos de los auxilios educativos ilícitamente apropiados.

Luego dadas todas esas circunstancias en que los hechos ocurrieron, ninguna posibilidad jurídica existía de tener al acusado como un cómplice en atención a que su contribución o aporte en el delito no fue la de un simple auxiliador del hecho de otro, sino su actividad puesta a la ejecución de su propia ilicitud, como que en las condiciones descritas tenía el dominio del hecho desde la tarea que la concernía.

2.2.4. Interpretación errónea de los artículos 59, 60.1 y 401 del Código Penal; aplicación indebida del inciso 2º del artículo 397 y falta de aplicación del inciso 1º del mismo precepto de la Ley 599 de 2000.

En consideración del demandante se infringió la ley sustancial en los sentidos dichos por cuanto no obstante que en la acusación no se hayan incluido circunstancias de mayor o menor punibilidad, se tasó la pena con sustento en el citado inciso 2º del artículo 397 que precisamente prevé una circunstancia de agravación.

Sin embargo, examinadas la acusación de primera y segunda instancia y las sentencias, fácil se advierte la incorrección material de la censura; de una parte es cierto que la acusación no imputó circunstancias de mayor o menor punibilidad, pero a su vez el fallo fue congruente con ello al punto que para efectos de dosificar la sanción se ubicó en el primer cuarto de movilidad, lo que no habría sucedido si hubiere tenido en cuenta causales de una u otra modalidad que lo habrían obligado a situarse en los cuartos medios.

De otro lado, el artículo 397 citado prevé en su inciso 2º una circunstancia de agravación punitiva, que no circunstancia de mayor punibilidad pues éstas se hallan previstas en el artículo 58 del Código Penal, derivada de la cuantía, la cual fue debidamente imputada en la acusación tanto fáctica como jurídicamente, en la medida en que no sólo se le atribuyó al acusado haberse apropiado de dineros en suma superior a tres mil millones de pesos, sino que jurídicamente se transcribió precisamente el inciso 2º antes reseñado.

Ahora, en cuanto a la diminuyente punitiva señalada en el artículo 401 del Código Penal, en parte alguna del proceso se acreditó que el acusado haya reintegrado total o parcialmente las sumas ilícitamente apropiadas, luego mal podría invocarse errónea interpretación de la citada norma cuando no se verificaron los supuestos fácticos que la hicieran viable.

2.3. Causal primera. Violación indirecta de la ley.

2.3.1. El error de derecho en tanto indirectamente violatorio de la ley sustancial comprende los falsos juicios de legalidad y de convicción, nada de lo cual precisa el censor y a cambio simplemente su queja la sustenta en que no se apreció la declaración notarial rendida por Andrés Bernal Ferrín el 3 de mayo de 2007, en la cual se asegura que ni los miembros de la junta directiva de Fegaemcali, ni su representante legal, tuvieron participación en las becas otorgadas a Ángela Montaña, Argenis Duque, Javier Arboleda, Marco Aldana, Ricaurte Bolaños, Raúl Buchelly, Javier Carabalí, Héctor Cárdenas, Carlos Girón, Claudia Gómez, Edgar Jaramillo y Silvia López.

Pero así no haya sido apreciada por el juzgador porque la omitió, (error de hecho por falso juicio de existencia), o porque la consideró ilegal (error de derecho por falso juicio de legalidad), la intrascendencia y consecuente improsperidad del yerro denunciado son evidentes, como quiera que la aludida declaración sólo se refiere a los miembros de la junta directiva y al representante legal de Fegaemcali y no al jefe de nómina, ni a los miembros del Comité de Bienestar Laboral de Emcali y sólo en relación con un grupo reducido de

beneficiarios en contraste con el elevado número de becas que finalmente se concedieron de manera irregular.

2.3.2. En sentir del demandante la sentencia recurrida incurrió en error de hecho por no valorar el Certificado expedido por la Gerencia del Área Administrativa de Emcali acerca del cargo desempeñado por el acusado y la carencia de personal a su orden; el Certificado expedido por el Jefe del Departamento de Gestión Laboral y Protección Social el 15 de enero de 2009, respecto a que Rodrigo Aristizábal no hizo parte del Comité de Becas; los testimonios de Álvaro Pérez Sandoval, Gerente Administrativo de Emcali, de Carmenza Paz Gómez, Directora de Auditoría Interna, de Ana Milena Ortiz Amaya, empleada del área de nómina, de Luis Enrique Imbachi Rubiano, representante de Sintraemcali en el Comité de Becas y la injurada del analista administrativo del proceso de becas, Andrés Bernal Ferrín, pruebas con las cuales, dice, se demostró que Aristizábal no era superior jerárquico del analista, no fue miembro del Comité de Becas, ni jefe de nómina, no tenía disponibilidad presupuestal, no reemplazó a Marco Posso, así como que el Comité de Bienestar Laboral no aprobaba ese tipo de auxilios pues dicha labor correspondía con exclusividad a Bernal Ferrín, todo para determinar que no participó de modo alguno en la tramitación de los beneficios educativos y menos tuvo disponibilidad jurídica de los respectivos recursos.

Empero, un examen de la sentencia recurrida, permite observar no sólo que varias de las pruebas que se dicen omitidas sí fueron tenidas en cuenta por el fallador, sino que además los hechos revelados por ellas también fueron analizados pero no admitidos por el juzgador porque en contrario existieron otros medios de convicción a los que defirió entera credibilidad, o se trató de hechos establecidos por otros elementos de prueba.

Así, en páginas 175 y 176 de la sentencia de primera instancia y 114 de la de segunda se aprecia el examen que se hizo de las primeras declaraciones de Luis Enrique Imbachi; también en la 114 de la proferida por el Tribunal se observa el análisis que se hizo de la indagatoria de Bernal Ferrín, en la 115 el del testimonio de Ana Milena Ortiz y en la 117 el de

la declaración de Álvaro Pérez Sandoval, luego en relación con ellas infundado resulta invocar un falso juicio de existencia por omisión.

Ahora, ninguna incidencia tienen pruebas que se enuncian omitidas como los certificados en mención, o los testimonios aludidos en cuanto señalaban a Aristizábal ajeno al Comité de Becas, porque indudablemente el sentenciador partió de entender que el acusado se desempeñaba como profesional administrativo I en la planta de personal del Departamento de Talento Humano, al igual que no fue miembro del Comité de Becas y si alguna referencia hizo a éste ha de entenderse que fue al Comité de Bienestar Laboral, sucesor de aquél, del cual sí hizo parte como representante de la Empresa.

Por otra parte la sentencia sí aludió al contenido de las demás pruebas que se aducen omitidas en cuanto a que Aristizábal nada tuvo que ver con el trámite de las becas, o no fue jefe de nómina y que el exclusivo responsable de todo ello era Bernal Ferrín, sólo que, como ya se dijo, no le resultó creíble en contraste con otros medios que meritorios de crédito le permitieron establecer la participación de Aristizábal en la ilícita apropiación.

Así, el a quo argumentó, precisamente en el examen de la responsabilidad del acusado Álvaro Aristizábal:

“Si bien es cierto los sujetos procesales aquí acusados que hacían parte en la oficina de talento humano y del comité social o de bienestar laboral han querido endilgar responsabilidad única y directa al señor Andrés Fernando Bernal Ferrín, frente a ... las funciones de sus cargos ... no podemos dejar de lado que quienes así lo tildan tenían plenas facultades y conocimiento frente a lo sucedido, que participaban activamente no solo frente a los cargos que ejercían, sino que como en el presente caso conformaron el fondo Fegaemcali...

Si bien es cierto su cargo era el de profesional administrativo I, conforme se encuentra demostrado y se aclaró en el incidente de objeciones, sus funciones no determinadas dentro

del manual, pero ejecutadas por él, correspondían a las de jefe de nómina, así lo mencionan sus compañeros de oficina, quienes hicieron parte del comité social, como paso obligado para el pago de los beneficios educativos y así lo refieren los mismos beneficiarios, no siendo necesario que se encuentren determinadas de manera específica dichas funciones dentro de un manual”.

Por su parte el Tribunal, tras examinar y transcribir apartes de las pruebas ya indicadas, sostuvo:

“Así las cosas la prueba enseña que hasta la primera mitad del 2004 existió el Comité de Becas, el cual tenía la obligación de estudiar las solicitudes y definir la adjudicación de becas, luego, en la segunda mitad de esa anualidad comenzó a regir el Comité de Bienestar Laboral, del cual hacía parte Aristizábal Salazar en representación de la empresa, cuyas funciones eran hacer seguimiento al cumplimiento del reglamento de beneficios educativos.

...

También debe decirse que pese a que a lo largo del expediente el procesado realizó un intento por demostrar que para la vigencia 2004-2005 había ejercido el cargo de profesional universitario I y como tal, no ostentaba función alguna relacionada con la nómina, lo cierto es que la prueba testimonial es enfática y coincidente en que Álvaro Aristizábal Salazar era conocido como el jefe de nómina o coordinador de nómina, por la naturaleza de las funciones desempeñadas ya que impartía órdenes a la persona encargada de liquidar la misma y era conocido en la entidad por dar el visto bueno para el pago de los beneficios educativos... en otras palabras la esencia de su relación con las becas no surgía de los actos administrativos, sino de la realidad de su desempeño en la empresa”.

Es manifiesto por tanto que la sentencia impugnada sí examinó los hechos que el censor dice contenidos en las pruebas omitidas, sólo que el fallador inclinó su criterio por aquéllas

que demostraron la participación del acusado en el trámite de las becas, ya como miembro del Comité de Bienestar Laboral, o como jefe de nómina del Departamento de Talento Humano, ora en condición de Representante Legal de Fegaemcali, luego en ese orden el cargo carece de prosperidad.

2.3.3. Nuevamente acude el casacionista a postular un error de derecho, pero sin precisión de su vertiente, luego desconoce la Corte si el equívoco lo fue por un falso juicio de legalidad o uno de convicción.

No obstante, no encuentra la Sala que alguno de ellos se haya cometido por negársele alcance probatorio a la Resolución 823 de 2004 contentiva del Manual de Funciones de la totalidad de cargos de Emcali, incluido el de profesional administrativo I que ocupara el procesado Aristizábal Salazar y entre los cuales no figura el de Jefe o Coordinador de Nómina, pues en ese sentido basta con remitirnos a las transcripciones hechas en la respuesta al anterior cargo para observar las razones por las cuales el sentenciador entendió que a pesar del Manual de Funciones la prueba testimonial demostraba otra realidad.

2.3.4. La sana crítica en cuanto método de persuasión racional con que el juez debe contar para valorar las pruebas y a través de ellas llegar a la verdad, se compone de diversos elementos como la ciencia, la experiencia y la lógica, de modo que un cargo propuesto por violación a la misma supone a su turno demostrar cómo en la apreciación probatoria el juez incurrió en algún desacierto frente a los principios y reglas de aquellos componentes.

No es suficiente por tanto aducir, sin más que se vulneró la sana crítica, si por otro lado no hay un despliegue argumentativo en torno a acreditar que se transgredió un principio científico, una máxima de experiencia o una regla lógica.

La sana crítica no es simplemente sentido común, ni puede entenderse en este evento transgredida porque al decir del censor no se haya hecho una distinción entre el Comité de

Becas y el de Bienestar Laboral, cuando en contrario las diferencias entre uno y otro sí aparecen explicadas en el fallo recurrido, precisándose además las funciones de cada uno en relación con los auxilios educativos, las épocas en que funcionaron y sus miembros, tanto que siempre quedó claro que Aristizábal no perteneció al primero y sí al segundo y que a aquél correspondía la aprobación de los beneficios, mientras que al de Bienestar Laboral le incumbía hacer un seguimiento al cumplimiento del reglamento de becas.

Lo mismo sucedió con las funciones ejercidas por el analista administrativo, así como con las finalidades del Fondo de Empleados porque en relación con uno y otro el fallo fue explícito no sólo en determinar la calidad de servidor público de aquél y la naturaleza privada de éste, sino también en precisar las funciones del primero y las finalidades formales y reales del segundo.

En las anteriores condiciones, tampoco este cargo puede prosperar.

2.4. Finalmente y sin que se haya encaminado por alguna causal de casación, pretende el demandante, so pretexto de no hallarse facultado para invocar en favor de su defendido, por ser su posición la de inocencia, circunstancias de atenuación punitiva como el reintegro de dineros a favor de Emcali por parte de Colseguros y de personas ajenas al procesado, la carencia de antecedentes penales y policivos y la presentación voluntaria al proceso, su arraigo familiar y social, su trayectoria laboral impecable, o la concesión de beneficios, como sí se hizo con otros acusados en igualdad de condiciones, se case oficiosamente la sentencia a efecto de que se reconozcan unas y/u otros, mas no encuentra la Sala configurado el supuesto que le facultaría una tal actuación por cuanto en términos del artículo 216 de la Ley 600 de 2000 “en principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 220, la Corte deberá declararla de oficio. Igualmente podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales”.

En consecuencia, como ninguno de los reparos propuestos en nombre de Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar prospera, tampoco en su respecto la sentencia será casada

3. Sobre la formulada en nombre de Javier Carabalí.

Primer cargo:

Javier Carabalí, analista administrativo del Departamento de Recursos Físicos del área administrativa de Emcali, actuó como contador del Comité de Bienestar Laboral hasta diciembre de 2005, además de que según acta No. 07 del 27 de julio de 2005 de dicho órgano se le autorizó para prestar servicios por un mes al mismo y en ese orden se le asignó la función de expedir y entregar cheques aprobados conforme al reglamento y de acuerdo con Acta No. 13 del 31 de agosto de 2005 se le requirió para que como contador rindiera un informe sobre las cuentas con corte a 30 de julio.

Adicionalmente y de acuerdo con los testimonios rendidos por Gustavo Scarpeta Olaya y Jaime Durán Escobar, ratificado éste por su cónyuge Carmen Helena Castro, Javier Carabalí recibió de los primeros el reintegro de los dineros que les habían sido consignados erradamente, al primero como beneficio educativo y al segundo como un crédito que ni el uno ni el otro habían solicitado, previa llamada que les hiciera el propio acusado.

En ese contexto, durante los años 2004 y 2005 Carabalí recibió 6 beneficios educativos por valor total de \$25'640.000,00 sin que cumpliera las exigencias reglamentarias para merecerlos y sin documento alguno que soportara el desembolso, más aun cuando en contra de aquellas se suponían destinados a su cónyuge, a cambio de lo cual le reconoció a Bernal Ferrín \$1'700.000,00 por haberle colaborado en la consecución de los mismos.

Por otra parte, el Fondo de Empleados le otorgó, sin soporte alguno, créditos durante los meses de enero, abril y junio de 2005.

Bajo dichos supuestos probatorios el a quo sostuvo:

“Se hace claro que ocupando el cargo de contador de los comités como lo menciona en su injurada, siendo precisamente su profesión de contador y siendo la persona intermediaria para conseguir y atraer a los empleados de Emcali para disponer los dineros de las becas, también se hacía y se hizo beneficiario para obtener beneficio de los dineros, como se demuestra le fueron consignados sin soporte alguno.

Estas situaciones claramente demostradas documental y testimonialmente, nos ubican en que el señor Javier Carabalí, hacía parte integrante del iter criminis, determinado como quien llevaba a los presuntos beneficiarios de los auxilios educativos, haciendo él parte directa en calidad de contador en los comités creados para tal fin. Tan hacía parte, que utilizó como medio el fondo Fegaemcali para por su intermedio obtener los dineros que le fueron consignados a su favor, sin tener ni cumplir requisito alguno para los mismos. De ahí, que se reitere por parte del despacho, que su grado de participación es de coautor conforme se señala en la resolución de acusación, misma que en lo que concierne al señor Javier Carabalí, no se pronunció la segunda instancia modificando su calidad.

Y es que siendo parte, o perteneciendo al Comité de Becas y/o Comité de Bienestar Laboral, en calidad de contador y habiendo recibido los dineros sin ningún soporte que lo autorizara o le generara el derecho, se instala, en lo considerado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali cuando en su decisión los ubica a título de coautores impropios...”.

El Tribunal por su parte estimó:

“Fácil es advertir que el modus operandi es el mismo, reseñado en precedencia para otros y otras cosindicados (as) y la justificación esgrimida sólo propende por alcanzar la impunidad de la conducta, teniendo en cuenta que la consignación en el año 2005 –fecha dentro de la cual se produjo gran parte de la defraudación– no pudo obedecer a un ‘error’ tan garrafal

como pagar auxilio para estudio a quien no había estudiado y menos a dar beca para quien había realizado los estudios mucho antes del 2004 y que para ese momento no tenía derecho a ellas”.

Luego, la necesaria confrontación entre las pruebas que obran en contra de Javier Carabalí y el análisis que con base en las mismas hizo el juzgador no permite sino concluir que el error de hecho que por falso juicio de existencia se propuso, no se configuró.

Acá, ninguna prueba se supuso para sustentar la calidad de coautor atribuida al acusado; Gustavo Scarpeta Olaya y Jaime Durán Escobar, ratificado éste por su cónyuge Carmen Helena Castro, son contestes en indicar que por iniciativa de Carabalí le reintegraron dineros que les habían sido entregados por beneficios educativos y créditos que nunca solicitaron, siendo esta una de las modalidades empleadas por los coautores para hacerse a los dineros públicos. Que el fallador ciertamente no hubiere identificado a los testigos por sus nombres no constituye el yerro invocado, si por otro lado, como en efecto sucedió, se hizo alusión a su contenido objetivo, el que por demás fue resumido en el acápite en el cual se relacionaron las diversas pruebas recaudadas.

Todas esas circunstancias en conjunto señalan a no dudarlo, a Javier Carabalí como coautor del ilícito y no en la modalidad de cómplice, conclusión en la cual ninguna incidencia podrían tener las elucubraciones expuestas por el censor acerca de la culpabilidad con que fue cometido el delito, pues el tema se encuentra fuera del aspecto sustancial propuesto en el reparo.

Ahora, que hubiere aceptado devolver los dineros eso no lo hace automáticamente cómplice, fueron las circunstancias del ilícito bajo las cuales actuó y las pruebas de ellas las que sirvieron para asignarle acertadamente la calidad de coautor.

Por ende el cargo no prospera.

Segundo cargo:

Tampoco tiene vocación de éxito la propuesta planteada en la segunda censura porque además de que no se condujo por causal alguna de casación, carece de fundamento, toda vez que ejecutoriada la acusación el 31 de diciembre de 2009 y sancionado el delito imputado al acusado Javier Carabalí con pena máxima de 15 años, lapso éste que se incrementa en una tercera parte para efectos de prescripción en tanto el punible fue cometido por el citado en su condición de servidor público con ocasión de sus funciones o de su cargo, el lapso necesario para que se verifique el fenómeno jurídico en examen, durante el juicio es de 10 años, el cual ciertamente no se ha cumplido.

No expone el censor ninguna razón por la cual considera que la pena a su defendido es de 133 meses y 10 días, ni siquiera con la rebaja que pudiera derivarse de la alegada condición de cómplice es dable obtener tal resultado.

Por lo expuesto, tampoco en relación con Javier Carabalí será casado el fallo recurrido.

4. Acerca de la demanda presentada en nombre de Luis Enrique Imbachí Rubiano y Alberto de Jesús Hidalgo López.

Primer cargo:

Luis Enrique Imbachí Hurtado y Alberto de Jesús Hidalgo fueron encontrados responsables por cuanto, el primero siendo miembro del Comité de Becas y el segundo del de Bienestar Laboral, omitieron realizar las funciones que en esa condición les incumbían con respecto a los beneficios educativos, ya que a aquél le correspondía, en términos de la Resolución 2787 de 1996, entre otras labores, “recibir informes del Área de Becas sobre cupos disponibles ... y todo lo relacionado con los auxilios educativos”, así como “estudiar las solicitudes y definir la adjudicación de becas...”, mientras que al segundo, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo 2004-2008 y el reglamento de otorgamiento de

beneficios educativos adoptado según Acta 03 del 12 de julio de 2004, se le encargó “coordinar y hacer seguimiento a las siguientes actividades: ...Beneficios Educativos”, o “coordinar y hacer seguimiento al cumplimiento del reglamento de beneficios educativos”, todo lo cual valió para que el sentenciador hiciera unas largas disquisiciones en torno a los delitos de comisión por omisión, según se puede apreciar entre páginas 132 a 138 del fallo emitido en primera instancia, obviamente bajo el entendido que esa había sido la modalidad a través de la cual los citados acusados concurrieron a la ejecución del delito.

A su turno valió para que el Tribunal concluyera:

“Existía un deber legal de los acusados frente al otorgamiento de becas en Emcali... Con la omisión de sus funciones pusieron en peligro el bien jurídico de la Administración Pública. No realizaron sus funciones teniendo el deber legal de hacerlo. Ambos enjuiciados estaban en la posibilidad de realizar la acción debida, esto es, Luis Enrique Imbachi, estudiar y adjudicar, de acuerdo a lo reglado, las becas mencionadas y, en el caso de Alberto de Jesús Hidalgo, hacer seguimiento a las actuaciones del oficial de becas y el Jefe de Talento Humano, con lo cual, estaban en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida. Los encartados... tenían todos los elementos para prever el resultado perteneciente a una descripción típica y contaban con los medios necesarios para evitar el resultado, pero al actuar como les correspondía...”.

Un análisis de la acusación, por su parte, permite apreciar que su entendimiento acerca de la participación de los acusados Imbachi e Hidalgo en los hechos sucedió de dos formas: una, aprobar becas sin reunión de los requisitos reglamentarios y otra omitir ejercer las funciones que en relación con esos recursos les concernían, por esto expresamente calificó ejecutada su conducta como comisión por omisión y rememorando consideraciones hechas en la definición de la situación jurídica de los procesados sostuvo:

“...el marco jurídico vigente para el otorgamiento de auxilios educativos para el año 2004 se

describe en la Resolución No. 2787 del 5 de julio de 1996 que adopta la reglamentación para esos beneficios y desde donde se puede extractar que corresponde a ese comité (el de becas), para esa época, ejecutar los recursos, la aplicación y utilización de todos los beneficios educativos otorgados en convenciones o laudos arbitrales, estableciendo como beneficiarios los hijos y la esposa, o compañera permanente que aparezcan registrados como tal en la base de datos del sistema de personal; situación que se concuerda integralmente con las funciones detalladas en el artículo tercero de la resolución; nótese que define la adjudicación de becas y recomienda patrocinios y pasantías de estudios en el SENA o similares que se vayan a adoptar, igualmente lo referente a auxilio d textos.

...

El Comité tiene la obligación de reunirse ordinariamente el primer jueves de cada mes y extraordinariamente cuando sus miembros los estimen pertinente; debiendo levantar acta de esas reuniones.

La Resolución 05149 del 27 de octubre de 2004 rige a partir de su suscripción, a excepción de lo referente a becas... que rige a partir de enero de 2005.

Lo anterior permite afirmar que en el otorgamiento de las becas, los integrantes del comité, agregan como elemento siniestro de su comportamiento, primero el no reunirse con la periodicidad reglada y segundo no levantar las actas que describieran el destino que en sus decisiones se le daba a los dineros fondeados para auxilios educativos, generando con ello no solo desgüeño administrativo, sino también asegurando que su malvado proceder no se descubriera, podemos decir que es evidente la responsabilidad de los encartados en hechos de comisión por omisión”.

Por tanto, propuesto el cargo porque se desconoció el principio de congruencia entre acusación y sentencia en cuanto, al decir del casacionista, a Imbachi e Hidalgo se les acusó por acción pero se les condenó por omisión, resulta claro que tal inconsonancia no sucedió

toda vez que si bien es cierto la Fiscalía elucubró sobre comportamientos activos, no menos lo es que por igual lo hizo, de forma razonada, acerca de conductas omisivas, por manera que en estas condiciones no hubo en el fallo una variación del sustrato fáctico que incidiera en las garantías que se acusan conculcadas pues incluidas unas y otras conductas en la calificación sumarial es patente que los acusados tuvieron oportunidad de defenderse de su imputación activa y omisiva.

Inclusive, aunque se hubiere acreditado que la acusación no incluyó conductas omisivas de los procesados pero se les condenó por ellas, la Corte ha entendido que no se genera por eso infracción a garantía alguna, si por otro lado no se altera el contenido fáctico de aquella ni se incide negativamente en la tasación punitiva.

En situaciones similares (SP7135-2014, Rad. No. 35113), a la antes expuesta, la Corte sostuvo:

“Corresponde entonces determinar si esa transformación vulneró el principio de congruencia, como lo indica el recurrente cuando señala que no sólo se varió la imputación fáctica, sino también la dimensión jurídica de la acusación.

Estima la Sala que el cambio hecho por el Tribunal, en manera alguna implica la atribución de hechos diferentes a los narrados en la acusación, toda vez que tanto en ésta como en la sentencia la base fundamental es la «inercia militar», cuando se enfatiza en que ... no ejecutó alguna acción para la protección de las personas..., habiendo tenido conocimiento de la presencia de los paramilitares en el lugar desde el primer día de la incursión armada, con el fin de permitir la libre acción de los mismos.

Tanto en la acusación como en la condena se pondera la falta absoluta de actuación por parte del Brigadier General, conducta omisiva propia del incumplimiento de deberes, sólo que aquella es propia de la posición de garante, en tanto que en ésta hace parte del plan criminal.

No obstante, esa diferente consecuencia jurídica en torno al grado de participación no constituye una afrenta al principio de congruencia, por ejemplo, en un caso en el que se acusó como determinador y se condenó como autor, la Sala (CSJ SP 1º Ago. 2002, rad. 11780) indicó:

La desarmonía jurídica es aparente, pues si los determinadores concurren a la ejecución del hecho y mantuvieron el dominio del mismo, bien podrían ser calificados como verdaderos coautores materiales, como se hizo en la sentencia.

Finalmente, si se tiene en cuenta que se defendieron de los hechos que les fueron imputados, sin que se les hubiere sorprendido, que su situación no fue desmejorada y que la pena para los autores materiales y determinadores, conforme al artículo 23 del Código Penal entonces vigente, era la misma, se concluirá que en ningún vicio se incurrió.

Diferente es el caso cuando se modifica el grado de participación con consecuencias más onerosas para el procesado, v.gr. se le acusa como cómplice pero se le condena como autor.

Aquí es palmario que en nada se modificó el aspecto punitivo, pues para ambas figuras la pena es la misma, óptica bajo la cual pese a la diferencia en la valoración dogmática no hay alguna violación de garantías que amerite la anulación procesal, (CSJ SP 5 dic. 2007, rad 26513),

“el principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.

Por ejemplo: la Fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales, el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. El funcionario de primera instancia, por su parte, lo sentencia como coautor del delito imputado, al considerar que participó en la conducta atribuida con dominio del hecho funcional. Por último, después de ser apelada la providencia, el Tribunal la confirma, pero aclara que la participación del procesado fue a título de autor mediato en virtud de su pertenencia a una estructura organizada de poder.

En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual, determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada.

Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho.

(...)

En este orden de ideas, es lógico colegir que la congruencia debe predicarse de la imputación fáctica y la adecuación típica de la conducta formulada en la resolución de acusación o su equivalente, mas no de la argumentación dogmática ni de las distintas

posturas inherentes a la teoría del delito asumidas por los operadores jurídicos que en el campo de la punibilidad no operen en detrimento de los intereses del procesado”.

El cargo propuesto justamente se sustenta en la disparidad del criterio jurídico del fallador de segundo grado frente al del ente acusador respecto de la forma de participación, pero se insiste, no se advierte algún supuesto que trasgreda garantías, como cuando se condena por hechos o delitos distintos a los contemplados en la acusación; por un delito no mencionado fáctica ni jurídicamente en el pliego de cargos; por delito imputado pero incluyendo alguna circunstancia genérica o específica que implique una pena mayor, o suprimiendo una genérica o específica de menor punibilidad que si fue tomada en cuenta en la acusación.

Ciertamente, la congruencia fáctica en ambos proveídos se advierte porque al procesado se le endilgó el no haber desplegado alguna operación militar para evitar la acción de los miembros de las autodefensas, estando en el deber legal y constitucional de hacerlo en su condición de Comandante de la Brigada Séptima, conducta frente a la cual ha ejercido su defensa técnica y material, de ahí que no se ajuste a la realidad la manifestación del impugnante acerca de que se le sorprendió en el fallo de segundo grado con algo desconocido”.

En este evento la acusación, de modo incuestionable, incluyó en los hechos atribuidos a los acusados unas conductas omisivas no sólo porque dejaron de exigir los requisitos necesarios para adjudicar beneficios educativos, sino porque además no se reunieron, no levantaron actas, en fin porque dejaron de cumplir las funciones que les habían sido asignadas en tanto miembros, uno del Comité de Becas y el otro del de Bienestar Laboral, previstas reglamentariamente en las Resoluciones 2787 de 1996 y 05149 de 2004 respectivamente.

Por esas mismas omisiones, tal como antes quedó reseñado, fueron condenados en la sentencia recurrida, luego, se reitera, no existió la incongruencia denunciada y aunque se

hubiere producido ninguna afectación generó en garantías fundamentales, porque los hechos en lo esencial no fueron trocados, ni devino una desmejora para la situación de los acusados por cuanto la pena es la misma tratándose de delitos por acción o de comisión por omisión y ningún sorprendimiento se produjo a la defensa ya que desde la misma calificación la situación había sido planteada.

El reparo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo:

Subsidiariamente acusa el defensor de Luis Enrique Imbahi y Alberto Hidalgo la sentencia impugnada de violar en forma directa la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 10, 22, 25 y 397 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 10, 23, 25 y 400 de la misma obra que condujo a calificar erradamente la conducta imputada a los acusados como peculado por apropiación y no como peculado culposos que era, en su sentir, la acertada.

Además del contrasentido que evidencia la anterior postulación por cuanto se aduce de manera simultánea aplicados indebidamente y dejados de aplicar los artículos 10º y 25 del Código Penal, el desarrollo del cargo no permite establecer si la inconformidad es la señalada o si es porque en opinión del censor en los delitos de omisión impropia no cabe la coautoría, o porque se haya deferido a los acusados una posición de garantes en relación con lo cual enseña una serie de facetas de la teoría que subyace a dicha figura, olvidando que, según lo relievra el Ministerio Público, las decisiones judiciales no pueden estar ceñidas a las teorías o tesis doctrinarias porque no se trata este de un espacio académico o de aprendizaje, sino de pronunciamientos a través de los cuales se resuelve la situación jurídica de un ser humano.

Ahora, si el reparo se centra sólo en la modalidad dolosa o culposa del delito atribuido a los acusados, como era la pretensión inicial, las críticas del demandante no lo son directamente

en el plano jurídico, que es lo idóneo cuando se acude a la causal de casación por violación directa de la ley, sino sobre los hechos en la medida en que cuestiona que el juzgador les haya predicado conocimiento y voluntad a partir del dominio del punible o porque en su parecer el descuido, el incumplimiento, no tenía como objetivo permitir el apoderamiento de los recursos públicos.

Pero además, a pesar de las extensas elucubraciones que expone el demandante acerca de los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia y de la responsabilidad que por ellos cabe a quien tiene una posición de garante, no se entiende cuál es su relación con la forma de culpabilidad en que haya sido ejecutado, acaso es que de aquellos no es viable predicarse la modalidad dolosa?

Mucho menos comprensible el cargo cuando se sostiene que el juzgador para estructurar el dolo se apoyó en la coautoría, como si fueran conceptos incompatibles o si en el establecimiento de aquél tuviera alguna incidencia la discusión doctrinaria y jurisprudencial relativa a la posibilidad de que en los delitos de omisión impropia sea o no viable la coautoría, luego no se sabe en últimas si la censura es porque el juez condenó como coautores a quienes ejecutaron el delito por omisión, no siendo ello posible según el casacionista, o si porque se les encontró responsables de una conducta dolosa, no siéndolo.

Ahora, desde la perspectiva de inaplicación de los artículos 10, 23, 25 y 400 del Código Penal, ninguna evidencia hay de que el sentenciador haya considerado o reconocido fáctica y jurídicamente la descripción culposa del punible por el hecho de haber afirmado que los acusados desconocieron los deberes asignados de estar pendientes y atentos al destino de los dineros asignados, como garantes de los bienes de la administración, o que desconocieron las normas que se les imponían, mucho menos cuando para el propio demandante es claro que los procesados conocían el peligro que su conducta representaba para los recursos del erario y que previeron dicho resultado, vale decir que tenían conocimiento de la omisión en que estaban incurriendo y de sus efectos, pero a pesar de

eso persistieron en su actitud no con la confianza de poder evitarlo, sino como aporte significativo para que quienes concurrieron a la ejecución del delito por acción lograran su consumación.

Las simples exculpaciones de los acusados, según erradamente lo pretende el demandante, no generan por sí mismas la demostración de que se trató de un hecho culposos el ejecutado por aquellos, pues fue el examen de las funciones que les concernían y la actitud que asumieron frente a ellas que el sentenciador llegó a la conclusión de que concurrían los elementos del dolo.

Como no hay entonces razones jurídicas para considerar que los acusados cometieron el delito en modalidad culposa, este reparo, al igual que el primero, carece de prosperidad, por ello tampoco la sentencia será casada respecto de Luis Enrique Imbachí Rubiano y Alberto de Jesús Hidalgo López.

5. Acerca de la demanda formulada en nombre de Bernardo Losada Henao.

Primer cargo:

Ningún defecto de motivación porque ésta sea confusa o contradictoria se advierte cometido en la sentencia: de un lado es claro que Losada Henao fue acusado como cómplice y así condenado y de otro, aunque en el fallo de primera instancia ciertamente se sostuvo que en verdad la actividad del acusado correspondía a la de un autor se terminó sancionándosele como cómplice y se explicaron las razones de ello, las que no podían ser otras que la congruencia y la prohibición de reforma en peor, de lo contrario, tal como se dejó sentado al contestar el primer cargo de la demanda formulada en nombre de Imbachí e Hidalgo sí se habría producido una afrenta a garantías del acusado porque se le estaría agravando su situación.

El a quo, se reitera, sostuvo que a pesar de que la Fiscalía acusó a los empleados

beneficiarios de becas en condición de cómplices, su participación no lo fue en tal calidad y seguidamente explicó en extenso las razones por las que así lo consideraba (página 144 y s.s. del fallo), al igual que aquellas por las que su intervención no fue la de un simple cómplice, no obstante “como quiera que la agencia fiscal realizó la acusación en contra de los beneficiarios de los auxilios educativos en calidad de partícipes, como cómplices, debemos sostener y mantener dicha condición, en aras a no afectar el principio de congruencia que debe operar entre la resolución de acusación y la sentencia”, en consecuencia concluyó que incurría “en el delito de peculado por apropiación, conforme lo ha manifestado la agencia fiscal, en calidad de cómplice por prestar una colaboración necesaria para sustraer los dineros del erario público asignados para las becas estudiantiles”.

El ad quem, por su parte, centró sus consideraciones siempre en la condición de cómplice que a Losada Henao se le atribuyó en la acusación de segunda instancia, sin cuestionar en parte alguna esa calidad o si a cambio de ella le correspondía la de autor, entre otras cosas porque dado el principio de limitación de la segunda instancia, el tema no le fue planteado.

Con todo, lo evidente es que toda su argumentación tuvo por sustento la atribución de responsabilidad en tanto cómplice, luego en ese sentido habría que convenir que la motivación del a quo fue tácitamente desechada y en ese orden carece de razón el reproche al expresar que en el fallo no se expresaron las razones por las cuales se le calificó de cómplice, las cuales en las anteriores condiciones se encuentran en el fallo de segunda instancia y no en el de primera al que principalmente cuestiona.

Por tanto, ni existe un problema de congruencia en esas circunstancias, ni tampoco un defecto de motivación que vulnerara el derecho de defensa, porque la expuesta por el ad quem es unívoca, inequívoca y concluyente en tener a Losada en la calidad bajo la cual fue acusado.

Tampoco existe contradicción alguna en la valoración de la declaración de Bernal Ferrín, por cuanto el juzgador fue categórico en expresar que le defería entera credibilidad en cuanto aseguró que los dineros consignados como becas a Losada sí fueron fruto de la defraudación y que el negocio del vehículo fue un asunto independiente sólo que el beneficiario de las ayudas irregulares pretendió justificarse con la compraventa del rodante pero para eso acudió a la coerción y a la amenaza.

Ninguna confusión se advierte en el fallo por el hecho de que Losada haya sido condenado con base principalmente en el dicho de Bernal Ferrín, cuando por otro lado éste no lo fue con fundamento en el testimonio de Losada, luego mal puede argüirse que la condena de uno y otro se sustentaron en argumentos excluyentes y menos podía asumirse la radical conclusión pretendida por el censor acerca de que si se le creía a Bernal debía absolvérsele y condenar a Losada, pero si se le creía a éste la absolución le favorecía y la condena pesaba en contra del primero, porque se reitera si bien la condena de Losada se sustentó esencialmente en el testimonio de Bernal Ferrín, la de éste tuvo unos basamentos diferentes.

Acá el juzgador simplemente le creyó al analista administrativo y no a Losada Henao, efectos para los cuales se valió, entre otros argumentos de las condiciones poco creíbles alrededor de las cuales se produjo la negociación por un valor equivalente al recibido por beneficios educativos y eso aparece claro en la motivación del fallo.

Ahora, si finalmente en la sentencia de segunda instancia Losada fue considerado cómplice no tenía por qué el juzgador elucubrar sobre los elementos de la coautoría impropia, bastaba simplemente señalar, como lo discriminó el Tribunal, cuál fue su contribución, la que en términos de Bernal Ferrín fue solicitar beneficios educativos sin tener derecho a los mismos y con sustento en documentos espurios, argumentación que así entendida no se evidencia confusa, ni por ende lesiva del derecho de defensa.

Segundo cargo:

A juicio del demandante la sentencia cuestionada infringió indirectamente la ley sustancial, debido a errores de hecho por falsos raciocinios en la valoración de las indagatorias rendidas por Andrés Bernal Ferrín y Bernardo Losada Henao en cuanto se desconoció en dicha labor el principio lógico de razón suficiente.

Supone sin embargo que tal principio se vulnera porque la prueba de cargo no se haya verificado a través de otras, aserto en el cual carece de razón.

En efecto, la apreciación, de un lado, del testimonio único, en este caso el de Bernal Ferrín, en manera alguna riñe con la lógica. Un sólo deponente de cargo, perfectamente, puede afianzar la certidumbre de una sentencia de condena, toda vez que conforme con los parámetros del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, lo esencial y determinante es que proporcione credibilidad y certeza en virtud, ineludiblemente, del rigor e imperioso escrutinio de las reglas de la sana crítica.

Nuestro sistema probatorio no guarda correspondencia con los de índole tarifada, en los cuales la regla del “testigo único, testigo nulo”, permite desestimar el valor persuasivo del declarante singular; ese principio carece de vigor en nuestro régimen de juzgamiento, porque la valoración de los elementos de conocimiento en materia penal se gobierna por la libre y racional apreciación del juez.

El ejercicio argumentativo de valoración testimonial, impone al funcionario judicial valorar la eficacia probatoria de la versión, de acuerdo con las condiciones particulares de la información fáctica, dentro de las que se destacan, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del testigo y las singularidades de sus manifestaciones, que deben ser ponderadas a efectos de establecer la idoneidad, con base en la regla expuesta en precedencia.

Que las afirmaciones del testigo único no hayan sido corroboradas por otros medios de convicción no afecta regla de lógica alguna.

Si ese axioma, como lo ha clarificado la Corte (CSJ AP 27 ago. 2014, rad. 44.036), implica que una afirmación debe ser capaz de sustentarse o explicarse por sí misma, o expresado en términos de lógica formal, “si algo existe, (debe haber) una razón o explicación suficiente de su ser” o bien, de manera correlativa, “si no hay una razón o explicación suficiente para que algo sea, entonces (ese algo) no existirá”., no se entiende de qué manera habría resultado conculcado por el crédito dado a Bernal Ferrín.

Por eso, el mencionado principio lógico encuentra fundamento en que sólo se puede dar por conocido aquello que se explica con un número mínimo de razones que plausiblemente lo justifiquen.

Por lo mismo, para la Sala (CSJ SP 26 oct. 2011, rad. 34.491), el principio de razón suficiente se viola cuando el argumento judicial no se basta a sí mismo para justificar determinada conclusión. En el ámbito del error de hecho por falso raciocinio, ello tendría lugar si, en la valoración de una determinada prueba o en la construcción de inferencias probatorias, el juzgador arriba a conclusiones incapaces de explicarse argumentativamente por sí mismas.

En este asunto, según el libelista, tal yerro se funda en que el Tribunal desconoció que Bernal Ferrín no acreditó ninguna de sus aserciones a pesar de que prometió hacerlo con el aporte de los documentos que demostraban no sólo la denuncia por las amenazas de que había sido sujeto, sino que los accesorios que justificaron el valor pactado de 24 millones habían sido adquiridos por él y no por el vendedor Losada.

El juzgador esgrimió, no obstante la ausencia de esos documentos de corroboración, razones, ellas sí suficientes, para creerle a Bernal Ferrín y a partir de allí obtener la certeza requerida para condenar, como finalmente lo hizo, a Losada Henao, así se aprecian a folios

206 y 207 del fallo de primera instancia, mientras que el ad quem señaló:

“...las máximas de experiencia enseñan que las transacciones comerciales cuando se enmarcan en lo lícito son transparentes, cristalinas, no deben ser enredadas ni intrincadas; contrario a lo que ocurre en este evento donde si bien la compraventa del vehículo de placas CBI-802 se realizó entre Lozada Henao y Bernal Ferrín, el traspaso terminó haciéndose a nombre de ... Fulvia Ferrín, lo cual a primera vista muestra ausencia de transparencia por parte de uno de los contratantes y otro sujeto -Bernardo Losada- que se somete a ello sin que supuestamente eso pueda constituir obstáculo para la negociación.

Ahora,... al tener en cuenta el conjunto de particularidades que rodearon la llegada del dinero de las becas a la cuenta del procesado, no permite aceptar sus explicaciones, toda vez que además Bernal Ferrín le da a conocer al aquí procesado que en su contra supuestamente pesa un embargo y que para eludir el débito de unos dineros a los que era derecho por concepto de becas, autorizaría en favor de Losada Henao el pago de esos auxilios educativos con cargo a la cuenta de este empleado quien ‘inocentemente’ asegura profesó entera credibilidad en el oficial de becas sin que en ningún momento se preguntara por qué iba a recibir dineros oficiales destinados a algo totalmente diferente a estudio”.

Es decir, esas y otras razones fueron expuestas por el juzgador tanto para sustentar por qué le creía a Bernal Ferrín y por qué no a Losada Henao, luego en esas condiciones y desde la perspectiva del principio lógico invocado es patente que ninguna violación indirecta a la ley se produjo derivada de un error de hecho.

En consecuencia los cargos propuestos en el libelo formulado en nombre de Losada Henao carecen de prosperidad.

Por todo lo anterior y como ninguna de las cinco demandas presentadas logró derruir la presunción de acierto y legalidad que cobija a la sentencia de segunda instancia, ésta no será casada, no sin antes declarar desierto el recurso de casación interpuesto en nombre de

Andrés Fernando Bernal Ferrín habida cuenta que no fue sustentado con el correspondiente escrito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar desierto el recurso de casación interpuesto por la defensa de Andrés Fernando Bernal Ferrín.
2. No casar la sentencia impugnada por la defensa de Faberth Romero García, Álvaro Rodrigo Aristizábal Salazar, Luis Enrique Imbachí Rubiano, Alberto de Jesús Hidalgo López, Bernardo Losada Henao y Javier Carabalí.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

56