

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

SP14245-2014

Radicación n° 40476

(Aprobado Acta No. 346)

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

ASUNTO

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Miguel Fernando López Calle contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán el 1° de agosto de 2012, que al revocar la decisión absolutoria en primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Adjunto de la misma ciudad, condenó al citado a la pena principal de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y Funciones Públicas por 5 años y multa de \$3'100.000, como responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

Son reseñados por el Tribunal en el fallo impugnado, en términos que la Sala acoge, así:

“Tienen ellos que ver con las presuntas irregularidades ocurridas en el proceso de administración de recursos públicos transferidos por parte de la Universidad del Cauca a la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Cauca ‘FAUCA’, cuyo objeto era impulsar mecanismos de ayuda y cooperación interinstitucional con el citado ente educativo, objeto que en determinada ocasión dio origen al desembolso solicitado por el director del FAUCA, señor Miguel Fernando López Calle, a través del título valor cheque número 0000203 del Banco Popular, de la cuenta corriente 290-17253-5, perteneciente a ‘FAUCA’, fechado a los treinta (30) días del mes de mayo del dos mil tres (2003), con los cuales pagó el consumo de tarjetas de crédito ‘personales’ que figuran a nombre de Olga Consuelo Perafán Hermida ‘cónyuge de López Calle> (\$3.100.000)’”.

Previo orden de trabajo dentro de actuación prejudicial ordenada por la Fiscalía, que se consolidó en el informe 10338 del 29 de diciembre de 2006, el 16 de enero de 2007, la Fiscalía 58 Seccional de Popayán dispuso formal apertura instructiva (fl.20), en desarrollo de la cual fue vinculado mediante indagatoria Miguel Fernando López Calle (fl.26) y su situación jurídica resuelta mediante resolución del 16 de octubre de dicho año (fl.98).

Allegada a la investigación copiosa prueba documental y testimonial, previo el cierre instructivo, el 8 de febrero de 2008 la Fiscalía 62 Seccional de Popayán profirió en contra del imputado resolución acusatoria por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, en decisión que cobró ejecutoria el 26 posterior (fl.205 vto.).

Tramitada la fase del juicio, se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos que fueron inicialmente reseñados.

DEMANDA

Dos cargos son propuestos por el apoderado de Miguel Fernando López Calle contra el fallo objeto de la impugnación extraordinaria.

Primero

Acusa en primer lugar violación indirecta de la ley sustancial que dice derivarse de error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, lo cual conllevó a la aplicación indebida del art. 397.3 del C.P. esto es, del precepto que describe el delito de peculado por apropiación, pues la sentencia no tomó en cuenta documento mediante el cual el Grupo de Control Disciplinario Interno de la Universidad del Cauca afirmó no encontrar en el folder laboral del imputado acto administrativo alguno que formalizara una comisión de servicios por parte de la Universidad del Cauca para que aquél se pudiera desempeñar como Director Ejecutivo de la Fundación FAUCA, cuando esta entidad es de carácter privado, de donde habría ejercido dicho cargo como particular.

En efecto, obra en el expediente instrumento mediante el cual el grupo de control disciplinario interno de la Universidad del Cauca profirió el 18 de abril de 2006 auto inhibitorio en el asunto seguido a López Calle y lo remitió a la Procuraduría a fin de que fuera investigado como particular, reproduciendo en extenso apartes de las consideraciones que determinaron dicha decisión. En dicho proveído se señala con claridad que no reposa el acto administrativo que haya formalizado la comisión de servicios de López Calle y sólo fotocopia del Acta del Consejo Superior de la Universidad fechada el 26 de agosto de 1997, firmada por el Presidente y Secretario en la cual se informa que aquél fue comisionado como Director Ejecutivo de la Fundación de Apoyo a la Universidad del Cauca FAUCA.

Con base en este documento se entiende que López Calle desempeñó su rol de Director Ejecutivo en condición de particular y en ningún momento cumplió funciones públicas, pues no existe acto administrativo expedido con el lleno de los elementos que el mismo

supone (legalidad, objeto lícito, cierto, posible, eficaz) por parte del Consejo Superior de la Universidad del Cauca y a través del cual se formalizara la comisión.

Era imperativo, según el libelista, valorar el pronunciamiento del Grupo de Control Interno de la Universidad, en donde se sintetiza contundentemente que López Calle no transgredió los deberes como servidor público, en tanto docente de la Universidad del Cauca, máxime cuando actuó como Director Ejecutivo del FAUCA, en su condición de particular.

Para el demandante, valorada dicha prueba con los demás elementos obrantes en el expediente se tiene que por el contenido de las Actas No.001 y No.003 de las reuniones del Consejo Directivo de la Fundación General de Apoyo de la Universidad del Cauca FAUCA, aportadas por la parte civil, es claro que López Calle fue encargado en primer lugar y luego designado en propiedad, para cumplir funciones como Director Ejecutivo en desarrollo del Convenio O.J.014 entre la Universidad y el FAUCA, pero careciendo absolutamente del requisito sustancial de ser servidor público, máxime cuando dichas funciones eran estrictamente particulares.

Sobre esta base y con apoyo en jurisprudencia constitucional que encuentra pertinente, entiende el censor que la conducta imputada sería atípica de peculado, conforme lo entendió el juez de primera instancia, razón suficiente para solicitar se case el fallo y se le absuelva por este delito.

Segundo cargo

Este reproche es enunciado por la misma causal y motivos expuestos frente al inicial reparo, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la presencia de errores de hecho por omisión probatoria que condujeron a la aplicación indebida del art. 286 del C.P., que contempla el delito de falsedad ideológica en documento público.

Se refiere el actor, de nuevo, a la decisión del Grupo de Control Disciplinario Interno de la Universidad del Cauca y el hecho de advertirse por dicho órgano que en el folder laboral del imputado no reposa acto administrativo alguno que formalizara una comisión de servicios por parte de la Universidad del Cauca para que aquél se desempeñara como Director Ejecutivo del FAUCA, de donde es evidente que dicho encargo lo ejerció como particular y los actos derivados del mismo, esto es dado su origen y naturaleza jurídica como fundación sin ánimo de lucro de carácter privado, tenían consecuentemente la misma connotación.

Así, destaca el valor probatorio de dicho anexo, con mayor razón cuando dentro del mismo obra proveído del Grupo de Control Disciplinario Interno de la Universidad del Cauca fechado el 18 de abril de 2006, a través del cual se remite por competencia la investigación disciplinaria seguida en contra de López Calle a la Procuraduría bajo la consideración de tratarse de actos desarrollados por aquél como particular y estar radicada en dicha entidad la competencia para su investigación.

De nuevo, ocupa espacio el actor en la caracterización del acto administrativo de comisión de servicios que echa de menos y los elementos que deberían formalmente concurrir para su validez y eficacia, toda vez que, a contrario sensu, sin el mismo no es posible reconocer que López Calle como Director Ejecutivo de la FAUCA desempeñó funciones públicas en forma permanente o transitoria y sin podersele considerar servidor público no podía estar incurso en el delito de falsedad que le fue imputado.

Hace notar el casacionista que el error acusado es relevante, toda vez que la decisión de la oficina del Grupo de Control Interno de la Universidad del Cauca, remite la actuación disciplinaria seguida en contra del docente López Calle, ante la Procuraduría por ser la competente para investigar su conducta como Director Ejecutivo del FAUCA, sobre la base

que sus actos serían propios de un particular y por ende ajenos a su condición de servidor público.

Recopila el censor en citas textuales, los contenidos de las Actas No.001 del 13 de agosto de 1997 y No.003 del 12 de diciembre del mismo año, expedidas por el Consejo Directivo de la FAUCA, mediante las cuales se encargó y luego designó en propiedad a López Calle como Director Ejecutivo de dicha entidad y del Convenio O.J.014 celebrado entre la Universidad del Cauca y el FAUCA, sin que mediara, no obstante acto administrativo alguno a través del cual se le comisionara; así como el certificado de existencia de dicha Fundación sin ánimo de lucro de la cual se entiende el carácter eminentemente de derecho privado de la misma, de donde los documentos expedidos bajo dicho carácter son eminentemente privados y no es dable otorgarles alcance de documentos públicos.

Para el libelista se aplicó indebidamente el precepto 286 del C.P., de donde solicita se absuelva al procesado por el delito de falsedad que también le fuera imputado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Previamente ocuparse de los reproches propuestos, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en lo que entiende son sus atribuciones constitucionales y legales, procede “a efectuar un análisis del conjunto probatorio allegado”, sentando una serie de premisas que la conducen a desechar el primer reparo, bajo el entendido que López Calle estuvo vinculado como profesor de planta de la Universidad del Cauca desde 1999 y simultáneamente se desempeñó en calidad de Director Ejecutivo de la Fundación FAUCA, siendo para todos los efectos penales funcionario público, dado que manejó y administró dineros provenientes de la entidad universitaria que es pública, de donde tenía las calidades para fungir como sujeto activo de peculado, en tanto se le atribuyó haber pagado con esa clase de dineros consumos personales de la tarjeta de crédito de su

esposa Olga Consuelo Perafán Hermida.

Tampoco asiste razón, por el mismo motivo, al segundo ataque, toda vez que de la prueba recaudada logra entenderse que la acción de administrar recursos públicos en el caso concreto la desarrolló a modo de funcionario público, al consignar una falsedad en el comprobante de egreso No. 14197 mediante el cual registró el pago y giro de un cheque a favor del cubrimiento de consumos con una tarjeta de crédito propiedad de su esposa, pero dejó anotado que con el mismo se cubría el pago de unos libros para la Universidad, lo cual es falso, por manera que demostrada la condición de servidor público con que actuó, los documentos expedidos en desarrollo de la misma son, por tanto, documentos públicos.

Por consiguiente, solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Si bien adujo el actor sendos reproches contra la sentencia que hace objeto de la impugnación extraordinaria, dado que el argumento expuesto con respaldo en violación indirecta de la ley sustancial que sostuvo derivarse de error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, es en relación con ambos cargos el mismo, la Corte abordará su estudio y otorgará respuesta de manera coetánea, pudiéndose concluir a través de dicho ejercicio, conforme se anticipa, su evidente improsperidad.
2. Fundó el ataque al fallo el censor casacional, según queda advertido, por la especie de yerro fáctico que se cimenta en el hecho de haber pretermitido el Tribunal un pronunciamiento inhibitorio fechado el 18 de abril de 2006, emitido por el Grupo de Control Disciplinario Interno de la Universidad del Cauca, en donde se sostiene que al no reposar en el folder laboral del disciplinado Miguel Fernando López Calle, el acto administrativo que lo comisionara como docente de la Universidad para ejercer el cargo de Director Ejecutivo de FAUCA, su conducta, que se ha entendido adecuada a los

delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, habría sido desarrollada a título particular y no de servidor público, siendo en consecuencia atípica de los punibles imputados.

3. Por la manera como discurre el libelista, se hace muy evidente que el reparo a la sentencia no estriba, con estrictez, en el supuesto de haber omitido el Tribunal el estudio de la aludida decisión del Grupo de Control Disciplinario Interno de la Universidad del Cauca, asunto por demás inocuo, toda vez que esta pretendida prueba contiene simplemente un criterio jurídico con precaria relevancia en el ámbito en que se produjo y nada más, con mayor razón cuando es conocida la plena autonomía entre la acción disciplinaria y la penal, conforme lo prevé de manera expresa el art. 2.3 de la Ley 734 de 2002 C.U.D.; sino de no dar por demostrado cuanto en ella se analiza y decide, esto es, no asumirse por el sentenciador que las conclusiones allí contenidas definen el aspecto relativo a que si López Calle intervino como particular en los actos disciplinables, correlativamente no podía cometer los delitos de peculado y falsedad que suponen la cualificación del sujeto activo.

4. En realidad, si bien es cierto que el Tribunal no se ocupó de la prueba que aduce el censor omitida, el desarrollo del reproche lleva implícito tener que reconocer que si la oficina de Control Disciplinario no encontró en la hoja de vida del imputado el acto administrativo que lo comisionó para ser Director Ejecutivo de la FAUCA, el mismo no existió; pero mas aún, que sin tal acto administrativo debe entonces convenirse que su conducta se cumplió por un particular y no un servidor público, dejándose de lado el fundamento que la sentencia tuvo para entender demostrado que el imputado actuó en la condición últimamente aludida y por ende que los delitos que bajo este supuesto se le atribuyeron no escapan a ese ámbito de acción cualificada.

Dada la insignificancia de la prueba que se acusa omitida frente al cometido de pretender con ella dar por demostrado que López Calle obró como particular, realmente

correspondía al casacionista demostrar que el imputado, independientemente de que no mediara el acto comisario cuyo presupuesto formal sirvió a la referida oficina de Control para su decisión, no podía cometer los delitos de peculado y falsedad pública por los que fue acusado.

Este es, decantadas en la forma indicada las evidentes precariedades del ataque, el tema sobre el cual se ocupará brevemente la Corte para dilucidar el aspecto de fondo que está implícito en las motivaciones del libelo.

5. El 23 de abril de 1996 entre la Universidad del Cauca y la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Cauca FAUCA, se concertó un “Convenio Marco de Cooperación y apoyo Institucional”, que tenía por objeto “la concertación de servicios y esfuerzos institucionales con miras a optimizar los recursos humanos, técnicos, económicos, fiscales y parafiscales de las dos instituciones”.

El 31 de marzo de 1997 se inscribió en la Cámara de Comercio del Cauca la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Cauca FAUCA, señalándose en el párrafo segundo que para el cumplimiento de su objeto social “LA FUNDACIÓN ADMINISTRARÁ POR DELEGACIÓN QUE EXPRESAMENTE LE HAGA LA UNIVERSIDAD, PROYECTOS, ACTIVIDADES, BIENES Y RECURSOS”. (FL.72 vto).

El 16 de abril de 1997, se concertó un “Convenio Específico” entre la Universidad y el FAUCA, señalándose como objeto “Intercambiar experiencias y personal en los campos de desarrollo institucional y administrativo, para lo cual LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA se compromete a comisionar un docente de tiempo completo, para que ejerza las actividades de DIRECTOR EJECUTIVO de la FAUCA”. A su vez, el 31 de diciembre de 2002 se suscribió el Convenio específico 147 de cooperación por un valor hasta de \$479'065.047.

Miguel Fernando López Calle se vinculó a la Universidad del Cauca desde el 1º de febrero

de 1996 y fue elegido como Director Ejecutivo en encargo de la FAUCA el 9 de julio de 1997 y mediante Resolución No. 003 del 12 de diciembre de dicho año se le asignaron funciones en propiedad, ejerciéndolas hasta el 26 de enero de 2005.

6. Sobre este supuesto fáctico, fuera de toda discusión está dentro del marco de que se ocupó esta investigación (pues revisorías fiscales posteriores arrojaron un valor por justificar superior a los doscientos millones de pesos) que como Director Ejecutivo del FAUCA, López Calle tramitó ante la Universidad un avance de dinero por la suma de \$3'100.000 con miras a la adquisición de 5 libros en desarrollo de un proyecto celebrado entre Colciencias y la Universidad del Cauca y no obstante que los textos nunca fueron comprados, expidió el comprobante de egreso No.14197, pero utilizó los recursos para el pago de tarjetas de crédito propiedad de su esposa Olga Consuelo Perafán Hermida.

7. Visto que a la FAUCA correspondía, entre otros teleológicos cometidos fijados en el objeto de su constitución, la administración por delegación de recursos públicos insertados en el presupuesto de la Universidad del Cauca, nociones básicas de derecho administrativo sobre esta materia permiten entender que los actos realizados por la persona, natural o jurídica (privada o pública) delegada, se entienden realizados en lugar de la administración; esto es, que se actúa en el ámbito de la delegación, como si fuera la propia administración pública delegante quien adoptara las decisiones.

Así, es un hecho que la Fundación FAUCA, cuyo principal objeto era cumplir con los fines originarios de la propia Universidad del Cauca, tanto en su origen como por su funcionamiento canalizaba recursos públicos de la educación, de modo que así algunos actos estuvieran sometidos al derecho privado, hay otros, aquellos concernientes a la propia disposición de dichos recursos que se deben reputar inherentes a la entidad de

derecho público de la cual emanaban para su funcionamiento.

8. De ahí que, con razón, el Tribunal hace notar en la sentencia que aunque la FAUCA nació como entidad privada, tanto el aporte para su fundación, continuidad y supervivencia misma y el cumplimiento de su objeto social no puede explicarse sino por la contribución de recursos públicos de la propia Universidad del Cauca. En el mismo sentido es explicable la razón por la cual el rector de tal institución Danilo Reinaldo Vivas Ramos (fl.86), al preguntársele por los recursos que hacen posible el funcionamiento de la FAUCA señalara haber siempre “afirmado que los recursos que maneja la Fundación a través de Convenios suscritos con la Universidad son públicos, tanto en su origen como por el objeto para el cual están destinados a pesar de que la Fundación es de carácter privado”.

9. Ahora bien, la inexistencia de un acto escrito y formal mediante el cual se comisionara al docente de la Universidad del Cauca Miguel Fernando López Calle como Director Ejecutivo de la FAUCA no conlleva colegir, desde luego, la ausencia de la comisión y más aun que, en efecto, durante casi diez años, dentro de los cuales se cometió las conductas punibles imputadas, no hubiera fungido en dicho cargo, esto es, que formal y materialmente, López Calle, vinculado como servidor público en la Universidad del Cauca desde 1996, no cumpliera la comisión y el encargo discernidos. En este sentido, la propia literalidad de los Convenios entre la Universidad del Cauca y la FAUCA habían previsto que para Director Ejecutivo se designara a un docente de planta, es decir, que estatutariamente ya se había previsto que ese cargo fuera desempeñado por un servidor público con vínculo directo con la Universidad, según en efecto sucedió al recaer en el profesor López Calle.

10. El carácter vinculante de los actos en calidad de servidor público del procesado, conlleva en el ámbito de la responsabilidad penal que al manejar recursos del erario al margen de los cometidos funcionales y por fuera del objeto de la entidad que legalmente representaba y las finalidades que les eran propias, cuando son objeto de

apoderamiento, la comisión de un delito de peculado, así como acreditar mediante documento expedido en desempeño de la misma condición funcional, mendazmente una fuente de su gasto que no corresponde a la realidad, un atentado a la fe pública, conforme lo declaró la decisión impugnada que, por lo anteriormente expuesto debe mantenerse incólume al no prosperar la demanda de casación propuesta.

En razón y 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

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria