

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Luis Guillermo Salazar Otero

Magistrado Ponente:

SP6355-2014

Radicación no. 42943

Aprobado acta No. 153

Bogotá D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014)

ASUNTO

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Andrés Luciano Burbano Machado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto el 31 de julio de 2013, por medio de la cual confirmó, con algunas modificaciones, la decisión en primera instancia emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó al procesado a la pena principal de 111 meses de prisión y multa por el valor de lo apropiado en \$62'681.354, absteniéndose de condenarlo por perjuicios materiales, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS

Los hechos de este proceso, que corresponden a dos causas acumuladas se

encuentran adecuadamente glosados en la sentencia impugnada, así:

“De las constancias procesales se tiene conocimiento que la génesis de las dos investigaciones que terminaron acumuladas, la encontramos en la actuación de la auditoría municipal practicada a la Secretaría de Hacienda Municipal en donde se refiere que auditado el período comprendido entre los años 1998 y 2004 en el rubro atinente al recaudo del impuesto predial, se advirtieron numerosas inconsistencias, que llevaron a aseverar un fraude contra el erario público municipal por valor aproximado a la cuantiosa suma de \$1.939.638.322.

Entre las modalidades que los delincuentes emplearon para defraudar el fisco municipal, los investigadores destacan las siguientes:

i. Recibirles a los contribuyentes el pago del impuesto predial por el año 2000, cuando estaban adeudando por años anteriores, quedando de esta manera ficticia, a paz y salvo por conceptos del impuesto predial.

ii. Eventos en que los contribuyentes pagaron el impuesto predial en las cajas de la Tesorería Municipal o en los bancos autorizados para ello; sin embargo, esas sumas de dinero no ingresaron al fisco municipal y por lo tanto, no se descargaron del sistema.

iii. Casos en que sin adelantar el procedimiento legal, se procedió a rebajar el avalúo predial de los inmuebles y a modificar irregularmente la estratificación a la que pertenecían, con evidente favorecimiento fraudulento para sus titulares.

iv. Se menciona que algunos predios fueron descargados del sistema sin ningún soporte y con evidente detrimento patrimonial para el municipio.

En principio se vinculó mediante indagatoria a muchas personas, entre cajeros y

personal adscrito a sistemas. Entre éstos, a Andrés Luciano Burbano Machado en su condición de ingeniero de sistemas, responsable del sistema de recaudo del impuesto predial y a los cajeros Héctor Daniel Palacios Molina y Jairo Hugo Ceballos Ordóñez”.

ANTECEDENTES

La primera de las mencionadas pesquisas penales estuvo a cargo de la Fiscalía 52 Seccional de Pasto, autoridad que dispuso apertura de la investigación por resolución del 13 de febrero de 2002, ocupándose de irregularidades advertidas en el recaudo de impuestos durante los períodos comprendidos por los años 1998, 1999 y 2000, acto procesal con fundamento en el cual se produjo la vinculación de múltiples imputados, entre los que cabe señalar a Andrés Luciano Burbano Machado (fl.189), Héctor Daniel Palacios Molina (fl.207) y Jairo Hugo Ceballos Ordóñez (fl.223 c.2), mismos contra los cuales al calificarse el mérito de las pruebas se profirió resolución acusatoria, para los dos primeros por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público y sólo por el primer punible para el último, en decisión ratificada por la segunda instancia el 22 de octubre de 2007 (fl.387 c.2).

A su vez, en el otro asunto, el 26 de noviembre de 2003 la Fiscalía 17 Seccional de la misma ciudad abrió proceso penal y vinculó a diversas personas por irregularidades que abarcaban en parte los años 1999, 2000 y hasta el 2002, entre los que se destacan Héctor Daniel Palacios Molina, Jairo Hugo Ceballos Ordóñez y Andrés Luciano Burbano Machado.

Previo cierre de la instrucción, el 4 de febrero de 2008, en decisión ratificada por la segunda instancia el 21 de mayo de 2010, se profirió resolución acusatoria contra Palacios y Ceballos por los delitos de peculado por

apropiación y falsedad ideológica en documento público, a la vez que se precluyó toda actuación en favor de Burbano.

En trámite la fase del juicio y trabado conflicto negativo de competencias entre los Juzgados Segundo y Cuarto Penal del Circuito de Pasto, mediante auto del 17 de noviembre de 2011, el Tribunal Superior de dicha ciudad, atendiendo al hecho de consolidarse en primer término la ejecutoria de la resolución acusatoria en el asunto adelantado en el último despacho judicial, desató la controversia fijando el conocimiento en tal oficina (fl.177 c.4).

El 27 de enero de 2012, Palacios Molina aceptó los cargos con miras a sentencia anticipada, separándose la actuación en relación con éste (fl.578 c.3).

Finalizado el juicio se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos previamente consignados.

DEMANDA

Dos son los reparos propuestos por el procurador judicial del procesado en contra del fallo impugnado.

El primero afirma violación directa de la ley sustancial bajo el entendido de falta de aplicación del art. 79 del C.P., al haberse declarado responsabilidad penal por el delito de falsedad ideológica en documento público pese a estar prescrito.

Asegura el actor que la sanción máxima para dicho punible es de 10 años en el Decreto 100 de 1980 y 8 años en la Ley 599 de 2000. El Tribunal negó la prescripción bajo el entendido que la sanción mínima de 5 años debía

incrementarse en 20 meses por tratarse de servidor público, en criterio con el cual se muestra adverso el censor, toda vez que en ningún momento la pena para el delito en referencia es de 140 meses, única forma en que durante el juicio equivalga a la mitad de dicho guarismo.

De manera que al comportar la falsedad una pena de 8 años, considerada la condición de servidor público dicho lapso se aumenta en la tercera parte, esto es, 32 meses, para un total de 10 años y 8 meses y un término prescriptivo durante el juicio de 5 años y 4 meses.

Para el actor, el cálculo debe hacerse sobre la pena mínima del delito que no puede ser inferior a 5 años, pero sin que esto signifique que el incremento durante la fase del juicio deba también calcularse sobre dicha base, sino en la mitad del máximo con el incremento de la tercera parte previsto en la ley.

Siendo ello así, para el demandante, el término prescriptivo de 5 años y 4 meses se habría consolidado el 22 de febrero de 2013.

Como segundo reparo, también aduce el censor violación directa de la ley sustancial, esta vez, para reclamar falta de aplicación del art. 139 del C.P., con incidencia en la sanción impuesta a Burbano Machado.

En efecto, para comenzar, entendido que los hechos imputados acaecieron durante los años 1998 a 2000, era aplicable el Decreto 100 de 1980 y sus modificaciones, en forma tal que acorde con el art. 139, la pena se rebaja hasta en la mitad si el reintegro de lo apropiado se produce antes de la sentencia de segunda instancia.

Acorde con las premisas del Tribunal, esto es, que el episodio fáctico concretaba los daños en \$62'681.354, así como que durante el proceso se produjo el reintegro de lo apropiado por un tercero en suma superior a aquélla, pues a nombre de

Palacios Molina el seguro canceló la suma de \$91'110.985, haciendo la reducción respectiva sobre la pena prevenida por el original art. 133 del C.P., debió el Tribunal concluir en que Burbano Machado no podía ser condenado a una sanción superior a los 6 años de prisión, sentido en el cual solicita se case el fallo impugnado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Rechaza la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal el primer reparo propuesto por el apoderado de Burbano Machado, bajo el entendido que el término prescriptivo de la acción penal, muy al contrario de la interpretación de los diversos preceptos sobre la materia a que alude el actor, como se ha precisado en doctrina de la Corte, no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, tanto en la investigación como en el juicio, de donde carecería de razón su propuesta.

De otra parte, estima la Procuradora Delegada que en su lugar están puestos en razón los fundamentos del segundo ataque propuesto, toda vez que, ciertamente, el Tribunal admitió que el valor de lo apropiado, esto es \$62'681.354 habría sido restituido por el procesado Palacios Molina con la cantidad de \$91'110.985, pero correspondientemente no hizo referencia alguna al beneficio consagrado en el art. 139 inciso segundo del C.P., disposición que, en efecto, debía aplicarse y seguidamente, hacer la reducción punitiva a favor del procesado Burbano Machado.

CONSIDERACIONES

El primer reproche afirma que el delito de falsedad documental imputado está prescrito, considerándose que si la pena máxima para esta delincuencia es de 8 años, conforme al art. 286 de la Ley 599 de 2000, a cuya favorable aplicación acude,

aplicado el incremento de la tercera parte durante la investigación por ser el sujeto activo del delito servidor público, se obtendría una sanción equivalente a 10 años y 8 meses, luego durante el juicio la prescripción sería de 5 años y 4 meses.

La tesis por la cual propugna el censor con base en el artículo 82 del Código Penal de 1980, consistente en que el incremento de la tercera parte sólo era viable durante la investigación, fue desestimada durante la vigencia de tal estatuto, y reconocida por breve lapso en el Código vigente.

Sin embargo, en forma constante y reiterada, sin excepciones, matices, variantes o discrepancias, hace más de una década en incontables decisiones, la doctrina de la Corte fijó como parámetro de hermenéutica en materia de prescripción de la acción penal frente a delitos cometidos por servidor público que tanto en el período de investigación como en el juicio, en ningún caso, tal lapso podría ser inferior a 6 años y 8 meses, de manera que debido al incremento de la tercera parte previsto para los casos en que el punible es realizado por servidor público en ejercicio de sus funciones, del cargo o con ocasión de ellos, en cualquiera de las referidas fases del proceso, el término mínimo de prescripción será, se reitera, de 6 años y 8 meses, razón suficiente para negar esta tacha.

Ahora bien, el segundo reparo acusa quebranto directo por falta de aplicación de la norma 139 del Decreto 100 de 1980, bajo el entendido que si el monto de lo apropiado se estableció por la sentencia del ad quem en la suma de \$62'681.354 y un tercero pagó la cuantía señalada y en exceso, era lo correspondiente la rebaja de pena en este precepto indicada, pretensiones que son avaladas por el Ministerio Público ante la Corte.

El Tribunal señaló que los hechos por los cuales se acusó a Burbano

Machado establecieron como cuantía de la defraudación imputada la suma de \$62'681.354, toda vez que no podía atribuírsele las apropiaciones posteriores al año 2000 pues la investigación por ellos precluyó en su favor.

Así también, al tasar la pena y derivado de las modificaciones en este sentido introducidas al fallo de primer grado, advirtió el Tribunal que “ha de hacerse lo propio con la indemnización de perjuicios, que para sorpresa de todos queda en ceros, dado que si el valor apropiado es de \$62'681.354 y lo restituido por el procesado Palacios Molina es de \$91'110.985 sin duda éste valor estaría superando a aquél”, pese a lo cual no advirtió el sentenciador, en criterio del casacionista y la Procuradora, que esta decisión correlativamente le imponía estudiar si tal reconocimiento aparejaba la específica atenuante por restitución prevista en el art. 139 en mención.

La Corte debe ser tajante en señalar que así como la decisión de abstenerse de condenar por concepto de perjuicios fue equivocada por parte del Tribunal, en aspecto que se encuentra inhibida de corregir con apego al principio constitucional de prohibición de reforma en perjuicio por ser impugnante único Burbano Machado, también lo es asumir que los pagos que por concepto de indemnización efectuó La Previsora S.A. Compañía de Seguros a la Alcaldía de Pasto dentro del proceso de responsabilidad fiscal, puedan servir como atenuante de la pena privativa de la libertad, bien como genérica atenuante, o bajo el supuesto de constituir la figura del reintegro prevista por el art. 139 del C.P.,

En efecto, para la fecha de los hechos y renovada en períodos sucesivos, conforme se lee en el fallo de segunda instancia proferido por la Contraloría de Pasto dentro del proceso de responsabilidad fiscal (fl.491 c.2), la Alcaldía del Municipio

de San Juan de Pasto mantenía con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, un contrato de seguro sui géneris a través del cual aquélla se obligó a amparar a favor del Municipio de Pasto contra las pérdidas causadas por los empleados de manejo o sus reemplazantes, mediante la póliza No.1002052.

En dicho trámite La Previsora fue condenada como garante hasta la concurrencia de la suma asegurada; Palacios Molina como responsable fiscalmente y Burbano y Ceballos exonerados.

Por tanto, los valores que en virtud de esa decisión consignó La Previsora S.A., y que suman \$91'111.585, lo fueron, producto del menoscabo que para el patrimonio municipal generó la realización del riesgo contratado, y por lo mismo en ningún caso se trató de una actividad cumplida por Germán Daniel Palacios Molina, es decir, como efecto de ser declarada tercero responsable pero en virtud del contrato de seguro, sin que pueda asumirse que dicha decisión y consiguiente consignación comporta un efecto liberador en el campo penal, sabido que la fuente de la responsabilidad civil en la especialidad de esta disciplina y en su normativa legal es extracontractual y proviene como se sabe del delito.

Es insólito e inaceptable jurídicamente, que un ente estatal contrate un seguro para garantizar los riesgos que en el manejo de recursos públicos puedan existir, más aun desde luego si la asunción de los mismos comprende actividades delictivas, y que pueda tomarse las obligaciones adquiridas por parte del asegurador y el consiguiente pago a que haya lugar, como liberador de quien infringe la ley penal, bajo el confuso entendido que el delincuente que se apropia de esta clase de bienes en dichas circunstancias tiene garantizado no solamente que la justicia se abstendrá de declararlo responsable por el valor de lo esquilmado, sino que, además, puede derivar oportunidad de beneficios bajo una cualquiera de las figuras de la restitución, cuando realmente estos no son los supuestos de las destacadas figuras.

Así como la ley comercial proscribire que pueda el asegurado renunciar a sus derechos contra terceros responsables del siniestro (art. 1097 del C. Co.) y debe en cambio permitirle al asegurador el eficaz ejercicio de los derechos derivados de la subrogación en su contra (art. 1098 id), tratándose de la responsabilidad que proviene de dolo o culpa grave, o los seguros de manejo, tales derechos se mantienen incólumes.

El juez penal no puede a través de una especie de compensación deducir el valor de la suma pagada por la aseguradora, para exonerar de responsabilidad patrimonial al sujeto activo del delito, como si el valor de lo apropiado al Estado quedara cubierto por aquélla y liberado el delincuente de este aspecto del delito que se le ha imputado toda vez que, conforme se advirtió, la fuente de cada obligación es distinta y no admite confusiones, una es el seguro en calidad de contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva y la otra el delito como fuente de responsabilidades penales y civiles.

Siendo ello así, el cargo propuesto no prospera.

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 ningún recurso.

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 CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria