

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP3199-2019

Radicación 55247

Aprobado acta número 195

Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala acerca del cumplimiento de los requisitos para admitir las demandas de casación presentadas por los abogados defensores de AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el cual incrementó las penas que les impuso a esas personas el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la referida ciudad, al igual que los declaró responsables por la conducta punible de peculado por apropiación, al primero en calidad de coautor y al segundo como interviniente.

I. SITUACIÓN FÁCTICA Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 28 de diciembre de 2007, JOSÉ AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, Tesorero Municipal de Villavicencio, giró de la cuenta corriente de la alcaldía de ese municipio, y sin soporte alguno, un cheque por \$2.000'000.000 a favor de Fiduciaria Corficolombiana. Al título no le puso sello de restricción y lo pasó al particular Gabriel Fernando Hurtado Orozco ese día. Para justificar el acto, AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ firmó una oferta comercial de “cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición Fiduagraria Fideicomiso Patrimonio Autónomo Cosacol Ltda.” y además le adjuntó un certificado falso de Fiduagraria S. A.

Gabriel Fernando Hurtado Orozco, por su parte, giró el mismo día el cheque al municipio de Castilla La Nueva (Meta) en una cuenta corriente del Banco de Bogotá, que lo devolvió por falta de endoso.

El 2 de enero de 2008, AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, Gabriel Fernando Hurtado Orozco y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES, que hasta el 31 de diciembre había sido Tesorero de Castilla La Nueva, fueron a reclamar el título valor. El Banco se lo entregó a GARAVITO BARRANTES, pese a que ya no era servidor público, y él se lo giró al particular Hurtado Orozco. Este realizó un endoso falso a nombre de Corficolombiana y lo volvió a consignar a favor de Castilla La Nueva. Los recursos quedaron, al final, en las arcas de dicho municipio.

José Arnulfo Perdomo Góngora, alcalde de Castilla La Nueva, tan solo devolvió el dinero a la alcaldía de Villavicencio el 3 de febrero de 2009.

2. Por eso, la Fiscalía General de la Nación, el 11 de febrero de 2009, imputó a AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, Gabriel Fernando Hurtado Orozco y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES la realización a título de coautores de los delitos de falsedad material en documento público, falsedad en documento privado, falsedad personal y peculado por apropiación, y a José Arnulfo Perdomo Góngora el de prevaricato por omisión, según lo previsto en los artículos 287, 289, 296, 397 y 414 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con las modificaciones introducidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como los imputados no aceptaron cargos (a excepción de Gabriel Fernando Hurtado Orozco, que preacordó con el instructor en relación con los delitos contra la fe pública), la Fiscalía los acusó por los respectivos comportamientos el 8 de abril de 2010, aunque retiró el cargo por la falsedad personal y precisó que la participación de Gabriel Fernando Hurtado Orozco en el delito contra la administración pública era en calidad de interviniente.

3. El juicio oral lo llevó a cabo el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, despacho que el 15 de abril de 2013 adoptó las siguientes decisiones:

(i) Condenar a AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, como coautor responsable de las conductas punibles de falsedad material en documento público, falsedad en documento privado y peculado por aplicación oficial diferente (artículo 399 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004), a siete (7) años y cuatro (4) meses de prisión, diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y ocho (8) años de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas.

(ii) Condenar a Gabriel Fernando Hurtado Orozco como interviniente de peculado por aplicación oficial diferente a un (1) año de prisión e inhabilidad, así como a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

(iii) Condenar, como coautor de los delitos de falsedad material en documento público y peculado por aplicación oficial diferente, a JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES a la pena de seis (6) años y cuatro (4) meses de prisión, diez (10) salarios mínimos de multa y siete (7) años de inhabilidad. Y absolverlo por el delito de falsedad en documento privado.

(iv) Absolver a José Arnulfo Perdomo Góngora del delito de prevaricato por omisión.

Y (v) concederle a Gabriel Fernando Hurtado Orozco la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, a la vez que no concederles a AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES mecanismo alguno de sustitución.

4. Apelado el fallo por las defensas de los procesados, la Fiscal y el apoderado de la víctima (en cabeza del municipio de Villavicencio), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en sentencia de 8 de febrero de 2019, resolvió:

(i) Declarar la prescripción de las acciones penales por las conductas de falsedad material en documento público y falsedad en documento privado seguidas contra AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ (por ambos comportamientos) y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES (por

el último).

(ii) Confirmar las absoluciones de JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES y José Arnulfo Perdomo Góngora por los delitos de falsedad en documento privado y prevaricato por omisión, respectivamente.

(iii) Declarar a AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ coautor del delito de peculado por apropiación y condenarlo a ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión, \$2.000'000.000 de multa e inhabilitación de carácter intemporal para ejercer derechos y funciones públicas, así como inhabilitación de ocho (8) años y cuatro (4) meses para celebrar contratos con el Estado.

(iv) Declarar a Gabriel Fernando Hurtado Orozco y a JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES intervinientes del delito de peculado por apropiación, así como condenarlos a seis (6) años y ocho (8) meses de prisión e inhabilitación, al igual que \$2.000'000.000 de multa.

(v) Negar a Gabriel Fernando Hurtado Orozco cualquier mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena de prisión, así como confirmar la negativa en ese mismo sentido a los otros sentenciados.

Y (vi) librar orden de captura contra AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, Gabriel Fernando Hurtado Orozco y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES.

5. Contra la decisión de segunda instancia, los abogados de AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES presentaron y sustentaron el recurso extraordinario de casación.

II. LAS DEMANDAS

1. En nombre de AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ

Al amparo de la causal primera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 (“[f]alta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma [...] llamada a regular el caso”), el recurrente planteó un solo cargo: violación directa de la ley sustancial «por interpretación errónea en la tipicidad»¹.

Al respecto, manifestó que el Tribunal aceptó que el cheque «finalmente fue consignado en una cuenta bancaria a nombre del municipio de Castilla La Nueva»², que «dispuso la devolución íntegra de ese dinero al municipio de Villavicencio»³; y de los hechos declarados en el fallo «se deduce claramente que los dos mil millones jamás estuvieron en poder de algún particular, pues entre el 28 de diciembre de 2007 (fecha del giro por parte del municipio de Villavicencio) y el 2 de enero de 2008 (fecha en que se hizo efectivo en canje en favor del municipio de Castilla La Nueva) el título valor siempre estuvo en el proceso de canje»⁴. No hubo apropiación en provecho de un tercero.

En consecuencia, solicitó a la Corte casar la sentencia recurrida para absolver a AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ.

2. En nombre de JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES

Con base en la causal primera de casación, planteó la violación directa de la ley sustancial, debido a «una errónea interpretación normativa»⁵.

Adujo en tal sentido que el peculado por apropiación es un delito de ejecución instantánea y no permanente, de modo que para su realización en coautoría impropia el aporte debe presentarse durante la fase ejecutiva del delito, y no después; pero, en este asunto, el Tribunal aseguró en la sentencia que el injusto se concretó el 28 de diciembre de 2007, cuando el título valor se le entregó a Gabriel Fernando Hurtado Orozco, y a la vez dijo que el aporte de JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES se presentó el 2 de enero de 2008,

cuando el Banco le devolvió el cheque. Sostuvo, además, que «AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES no se conocían, por lo cual no existió un acuerdo de voluntades en la apropiación de unos dineros del municipio de Villavicencio»⁶.

De ahí que, según el censor, el Tribunal incurrió «en una ambigüedad argumentativa; por su parte, entiende que el delito es de ejecución instantánea, pero atribuye una responsabilidad por el resultado en la intervención»⁷ que se presentó después de la fecha de la consumación (28 de diciembre de 2007), esto es, el 2 de enero de 2008. La conducta, por lo tanto, es atípica.

En consecuencia, solicitó a la Corte casar la sentencia de segunda instancia y absolver al procesado.

III. CONSIDERACIONES

1. La casación es un recurso extraordinario y reglado que les permite a quienes obren con interés debatir ante la máxima autoridad de la justicia ordinaria la correspondencia de una sentencia de segundo grado con el orden jurídico.

Dicha confrontación repercutirá si se descubre en el fallo algún error de trámite o de juicio jurídicamente relevantes, ya sea propuesto por el recurrente o advertido de oficio por la Corte.

Una decisión ajustada a derecho, por el contrario, es aquella que logra sobrevivir racionalmente a la crítica. Y la crítica será intrascendente cuando no refuta la providencia, es decir, si no establece bajo los parámetros jurisprudenciales dirigidos a su debida demostración la existencia de un yerro que riñe en aspectos sustantivos con la Constitución Política, la ley o los principios que las rigen.

De ahí que el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable para este asunto, consagra que el recurrente deberá presentar una “demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos”. Y esta no será seleccionada, según el artículo siguiente, cuando “no desarrolla los cargos de sustentación” o “cuando se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

2. En este caso, ninguno de los reproches presentados por los demandantes podrá ser atendido (y, por lo tanto, sus demandas tampoco serán admitidas), puesto que carecen de fundamentos para adelantar un debate de fondo en sede de casación.

En efecto, cuando en sede de casación el actor propone la violación directa de la ley sustancial, está en la obligación de aceptar tanto la valoración probatoria efectuada por el juez plural de segunda instancia como las conclusiones fácticas que de ahí derivó, de modo que el debate quedará circunscrito a problemas de selección o interpretación normativa.

Ambos demandantes, en este sentido, afirmaron partir de los hechos declarados por el Tribunal. Sin embargo, hay evidentes equivocaciones en sus propuestas. Por una parte, afirmaron que el error en la decisión de segunda instancia fue interpretativo cuando lo que se evidencia por el contenido de cada reproche son problemas de aplicación indebida (artículo 397 del Código Penal, que consagra el tipo de peculado por apropiación) y de falta de aplicación (artículo 399 de la Ley 599 de 2000, que establece el delito de peculado por aplicación oficial diferente, o bien los artículos 9 y 10, que se refieren a los conceptos de tipicidad y conducta punible).

Por otra parte, presentaron como aserciones fácticas del Tribunal hechos contrarios o que no fueron declarados por la segunda instancia. En la demanda en nombre de AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, el abogado afirmó que de la sentencia de segunda instancia “se deduce” que “los dos mil millones jamás estuvieron en poder de un particular”. Eso no es

cierto. De la simple lectura del fallo impugnado, se desprende que la apropiación de los recursos públicos se presentó cuando el cheque fue a parar en manos del particular Gabriel Fernando Hurtado Orozco. Así lo explicó el Tribunal:

Esos hechos encuadran en el delito de peculado por apropiación del artículo 397, [...] pues HORTÚA RODRÍGUEZ, como Tesorero de Villavicencio, giró un cheque que representaba un dinero de ese ente territorial, el cual fue entregado a un particular⁸.

Para el juez plural, entonces, se presentó la apropiación material de dineros de la administración a favor de un tercero, y de ninguna manera una destinación diferente de recursos.

El demandante, adicionalmente, sugirió la inexistencia de daño patrimonial alguno a la administración pública, toda vez que al final se dispuso “la devolución íntegra del dinero a las arcas del municipio de Villavicencio”. Esta circunstancia, sin embargo, no suprime ni modifica la de la apropiación de los dineros públicos en manos del tercero (Gabriel Fernando Hurtado Orozco), e incluso fue reconocida por el Tribunal en la dosificación de la pena, puesto que aplicó la disminución del inciso 2º del artículo 401 del Código Penal (reintegro)⁹.

Por su parte, en la demanda en representación de JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES, el censor partió de un presupuesto contrario a la verdad: que AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y su representado no se conocían para el 28 de diciembre de 2007, fecha de la primera apropiación por parte del particular Gabriel Fernando Hurtado Orozco. Nada de esto se asegura en el fallo de segunda instancia, ni es posible derivarlo de sus fundamentos.

Por el contrario, lo que sostuvo el Tribunal en relación con estas personas (HORTÚA RODRÍGUEZ, Hurtado Orozco y GARAVITO RODRÍGUEZ) es que había un designio criminal entre los tres (3), tendiente a obtener la apropiación definitiva de los \$2.000'000.000

provenientes de las arcas del municipio de Villavicencio. En palabras del Tribunal, «el esencia aporte de GARAVITO BARRANTES fue el de reclamar el cheque y entregárselo al particular Gabriel Hurtado Orozco, para que este continuara utilizando a su antojo los millonarios dineros que el título representaba»¹⁰:

AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, fallidamente, trató de obtener el cheque el 2 de enero de 2008 en las oficinas del Banco de Bogotá, el cual posteriormente, por disposición de las directivas de la entidad financiera, fue entregado a JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES, quien acudió en compañía de Gabriel Hurtado Orozco.

Siendo así, contrario a lo alegado por la defensa, la connivencia de HORTÚA RODRÍGUEZ con Hurtado Orozco en el actuar criminal no genera dudas, pues el primero giró el cheque sin ninguna justificación, sin soporte, y le fue entregado sin restricción comercial al segundo de los citados, quien posteriormente, al alertarse por la nueva administración de Villavicencio que inició labores en enero de 2008 de las irregularidades en el egreso de \$2.000'000.000, procede a falsear unos documentos, lo cual aceptó ante la Fiscalía y se condenó anticipadamente [...]

En cuanto a JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES, [...] [s]u aporte en el propósito criminal orquestado entre AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y Gabriel Hurtado Orozco se circunscribe al hecho de haber acudido el 2 de enero de 2008 al Banco de Bogotá para obtener la devolución del cheque que por valor de \$2.000'000.000, que se trató de consignar en favor del municipio de Castilla La Nueva el 28 de diciembre de 2007, y del cual fue su tesorero hasta el 31 de diciembre de este año.

[...] Evidentemente JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES para el 2 de enero de 2008 ya no era el tesorero de Castilla La Nueva; no obstante, acudió a la reclamación del título y lo hizo en compañía de Gabriel Hurtado Orozco, de quien dijo era el corredor encargado de las inversiones en las fiducias, acontecer que reconoció aquel en el juicio oral [...]

Es decir, no solo recibió el cheque el 2 de enero de 2008 en condición de tesorero de Castilla La Nueva, cuando ya no ostentaba ese cargo, sino que además asintió el burdo endoso que realizó en ese mismo momento Gabriel Hurtado Orozco, como lo admitió GARAVITO BARRANTES en decurso del contrainterrogatorio, siendo que le era exigible oponerse a tal proceder, por cuanto el beneficiario del título valor era Fiduciaria Corficolombiana y le correspondía a esa entidad, y no a un particular, endosar el mismo en favor del ente territorial en mención¹¹.

De las declaraciones fácticas del Tribunal, se desprende una idéntica empresa criminal en las conductas de HORTÚA RODRÍGUEZ, GARAVITO BARRANTES y Hurtado Orozco, todas ellas dirigidas a la sustracción definitiva de los recursos estatales. Para ello, hubo apropiaciones parciales del dinero en cabeza de un tercero al menos en dos (2) oportunidades: el 28 de diciembre de 2007, cuando HORTÚA RODRÍGUEZ le entregó el título valor a Hurtado Orozco; y el 2 de enero de 2008, cuando GARAVITO BARRANTES se lo pasó de nuevo a Hurtado Orozco. Pudo haberse entendido como un concurso real de apropiaciones (dos -2- peculados), pero la Fiscalía y el Tribunal, ante la unidad de propósito, lo catalogaron como una única acción en sentido jurídico.

El demandante, sin embargo, estimó que la conducta que se le imputó a GARAVITO BARRANTES era atípica, por cuanto su aporte se habría dado luego de la consumación del delito (es decir, después del 28 de diciembre de 2007, cuando el cheque le fue entregado por primera vez a Hurtado Orozco). Pero lo cierto es que la conducta de esta persona se presentó el 2 de enero de 2008, antes de que los recursos ingresaran a las arcas de Castilla La Nueva, y fue indispensable para que el particular se apropiara (una vez más) de \$2.000'000.000. Se trató de una contribución idónea, propia de la figura de la coautoría funcional, y así lo comprendió el Tribunal en el fallo («GARAVITO BARRANTES hizo su aporte en el designio criminal de AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y Gabriel Hurtado Orozco»¹²).

El demandante, por consiguiente, no solo partió de un presupuesto fáctico falso (que tanto

GARAVITO BARRANTES como HORTÚA RODRÍGUEZ eran conocidos), sino además hizo una valoración jurídica que no se corresponde con la que obra en la sentencia objeto del recurso extraordinario.

3. En este orden de ideas, los discursos de los censores no fueron suficientes para controvertir la decisión impugnada ni para demostrar un error de trámite o uno de juicio. De ahí que sus demandas no serán admitidas.

Y, como la Sala tampoco advierte de forma manifiesta la necesidad de cumplir con alguno de los fines de la casación señalados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, ningún pronunciamiento oficioso hará contra la sentencia proferida por el juez plural.

Contra lo aquí adoptado, es procedente el mecanismo de insistencia en los términos explicados por la Corte a partir del fallo CSJ SP, 12 sep. 2005, rad. 24322.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

No admitir las demandas de casación presentadas por los apoderados de AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ y JOSÉ MARCELIANO GARAVITO BARRANTES contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Según el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del actor elevar petición de insistencia frente a lo decidido.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1

Folio 198 del cuaderno del Tribunal.

2 Folio 202 del cuaderno del Tribunal.

3 Folio 202 del cuaderno del Tribunal.

4

Folio 203 del cuaderno del Tribunal.

5 Folio 219 del cuaderno del Tribunal.

6 Folio 231 del cuaderno del Tribunal.

7

Folio 236 del cuaderno del Tribunal.

8

Folio 148 del cuaderno del Tribunal.

9

Cf. folios 160 y 161 del cuaderno del Tribunal.

10 Folio 155 del cuaderno del Tribunal.

11

Folios 147-148

12

Folio 155 del cuaderno del Tribunal.