

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado ponente

SP-2020

Radicación n.º 54931

(Aprobado acta N° 91)

Bogotá, D.C., seis (06) de mayo de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Resuelve la Corte la impugnación especial propuesta por el defensor de Yesid guzmán Álvarez en contra de la sentencia de carácter condenatorio de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, decisión por medio de la cual se revocó la absolución proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Cali por el delito de peculado por apropiación.

HECHOS

Conforme con los reconstruidos por el Tribunal, se tiene que el día 22 de mayo de 2008, en la planta de tratamiento de agua potable de las Empresas Municipales de Cali -EMCALI, Rafael Ramírez Álvarez, ingeniero de esa entidad, encontró en el almacén de la obra denominado “cambuche”, asignado a la empresa contratista Unión Temporal Puerto Mallarino, seis (6) lámparas de sodio de 400W, marca CELSA, marcadas con el serial EMCALI CTTO-GE-236-95 1996. Al requerir al encargado del almacén le manifestó que habían sido compradas a un empleado de EMCALI.

El representante legal de la Unión Temporal informó a EMCALI, que en los meses de agosto y octubre del año 2006, esa sociedad adquirió seis (6) lámparas al señor DAVID ENCISO, por valor de \$800.000, tres (3) de ellas eran marca “NOVALUX”. Uno de los cheques con los cuales se cancelaron las luminarias fue cobrado por el señor YESID GUZMÁN ÁLVAREZ empleado de EMCALI y cuñado de David Enciso, lo que generó que se abriera investigación disciplinaria contra aquél de donde se generó una compulsa a la Fiscalía General de la Nación.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 11 de mayo de 2010, la Fiscalía 48 Seccional, formuló imputación por el delito de peculado por apropiación a los señores YESID GUZMÁN ÁLVAREZ como autor y a David Enciso Gómez como interviniente, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali (artículo 397 inciso 3º del Código Penal). Enciso Gómez aceptó los cargos.¹

2. Se radicó escrito de acusación el 11 de junio de 2010, en contra de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.² Le correspondió conocer la etapa del juicio al Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, despacho que celebró la audiencia de formulación de acusación el 2 de noviembre de 2010³ y la preparatoria en sesiones del 27 y 28 de julio de 2015⁴.

3. Se convocó a juicio oral para el día 15 de abril de 2016, fecha en la cual una vez culminada la etapa probatoria se corrió traslado a los sujetos para presentar

alegatos, se emitió sentido de fallo de carácter absolutorio y se profirió sentencia.⁵

4. La Fiscalía apeló la decisión el 22 de abril de 2016. En virtud del recurso la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió sentencia el 24 de abril de 2017, por medio de la cual revocó el fallo absolutorio, condenó a YESID GUZMÁN ÁLVAREZ como autor del delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 397 inciso 3º del Código Penal, e impuso penas principales de cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión y multa en cuantía de ochocientos mil pesos (\$800.000). Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y ordenó la captura inmediata del condenado.⁷ El día 27 de abril de 2017 se realizó audiencia de lectura de fallo por parte del tribunal, la cual se efectuó sin comunicar al procesado y a la defensa acerca de su realización en esa fecha y hora.⁸

5. El 26 de octubre de 2018 el condenado fue capturado en el Aeropuerto “Alfonso Bonilla Aragón” de la ciudad de Cali. Por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia YESID GUZMAN ÁLVAREZ, instauró una acción de tutela contra las autoridades judiciales que conocieron del proceso.⁹

6. En sentencia de tutela STP16877-2018 del 13 de diciembre de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas Nro. 3,¹⁰ resolvió tutelar los derechos fundamentales demandados, dejó sin efectos las actuaciones

adelantadas en contra del accionante a partir del 26 de abril de 2017 y ordenó a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali fijar una nueva fecha para la lectura de la sentencia, para lo cual se debía citar en debida forma a todas las partes e intervinientes.¹¹

7. El 7 de febrero de 2019 el Tribunal Superior de Cali realizó lectura de la sentencia proferida el 24 de abril de 2017, conforme se ordenó en fallo de tutela.¹² Interpuesto el recurso de apelación en la audiencia, el 12 de febrero de 2019, la segunda instancia negó el recurso¹³ y en audiencia del 15 de febrero de 2019 revocó su decisión y concedió el recurso.¹⁴

8. El abogado defensor sustentó el recurso de apelación en escritos del 13 y 22 de febrero de 2019, dadas las decisiones de la segunda instancia.¹⁵

9. Por auto del 6 de agosto de 2019, esta Corporación se abstuvo de resolver el recurso y devolvió la actuación al Ad quem con el fin de garantizar los derechos de los restantes sujetos procesales e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación.¹⁶

10. En audiencia del 26 de septiembre de 2019, el Tribunal Superior de Cali informó a los sujetos procesales e intervinientes que contra la decisión del 24 de abril de 2017 procedía el recurso extraordinario, momento en el cual el fiscal delegado manifestó no

interponer recurso alguno; el ministerio público no asistió.¹⁷

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, bajo los siguientes argumentos:

Expuso que el problema no era establecer si YESID GUZMÁN ÁLVAREZ era o no servidor público de EMCALI para la fecha de los hechos, lo que dio por demostrado con el testimonio de María del Carmen Giraldo. Tampoco si las 6 lámparas estaban bajo su custodia. En contrario, estimó que el problema por resolver se concretaba en establecer si las 6 lámparas que pertenecían a EMCALI fueron las mismas que encontró el ingeniero Rafael Ramírez Álvarez en el “cambuche” que tenía la unión temporal para guardar sus herramientas y si eran de las que se encontraban bajo custodia del procesado.

Sostuvo que con el testimonio de María del Carmen Giraldo, investigadora adscrita a la Fiscalía General de la Nación, se demostró que en la oficina de control interno de EMCALI se abrió una investigación disciplinaria para determinar el responsable de la apropiación de las lámparas; actuación de donde la testigo obtuvo varios documentos, entre ellos, unas fotocopias de unas fotografías tomadas a las lámparas de EMCALI en el “cambuche”, las que también observó en la planta de Puerto Mallarino corroborando que eran las mismas que figuraban en las fotografías.

También con su testimonio se demostró, dice el Tribunal, que David Enciso le vendió a la Unión Temporal de Puerto Mallarino 6 lámparas por \$800.000 que le pagaron con 2 cheques, uno de los cuales fue endosado al procesado quien lo cobró, situaciones que constaban en prueba documental rotulada como evidencia Nro. 3.1 visible a folio 89.

El testimonio del ingeniero Rafael Ramírez Álvarez, continúa el Tribunal, funcionario de

EMCALI y exjefe del procesado, dio cuenta de cómo se encontraron las lámparas en poder de la Unión Temporal de Puerto Mallarino. Relató que estaba en el “cambuche” de los contratistas buscando un objeto cuando vio las 6 lámparas marcadas con el nombre de EMCALI 1996, al preguntar por ellas un almacenista le manifestó que se las había vendido “un trabajador de ustedes”; llamó al jefe de seguridad y realizaron un acta para que no movieran las lámparas y quedaran como evidencia, después mandó el acta para que iniciaran una investigación disciplinaria.

Cuando la fiscalía le interrogó por la marca de las lámparas dijo que no recordaba muy bien, “NOVALUX sale”, tiene la marca del fabricante. También declaró que creía que las lámparas las vendió el cuñado del procesado, exponiendo que YESID GUZMÁN ÁLVAREZ era quien tenía la custodia de esas lámparas, además de un señor John Jairo Posso.

El Tribunal mencionó que en el contrainterrogatorio, el ingeniero manifestó que en el acta se consignó que la marca de las 6 lámparas era “Celsa”.

Al analizar el testimonio de John Jairo Posso Ortiz, el Tribunal expuso que también estaba encargado de la custodia de las lámparas en EMCALI, pero afirmó que las que tuvo en su poder las utilizó y dio cuenta del lugar donde fueron instaladas. Aclaró que el procesado también tenía en custodia unas lámparas y que la marca de las lámparas que se extraviaron de EMCALI eran “Celsa”.

La segunda instancia consideró que la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia no fue acertada, ya que se acreditó que el señor David Enciso –cuñado del procesado- le vendió 6 lámparas a la Unión Temporal Puerto Mallarino, como se evidenció en los certificados que obran a folios 91 y 92. En una cuenta de cobro efectivamente obra que 3 lámparas son marca NOVALUX vendidas por \$400.000, pero en la otra cuenta de cobro (folio 92) no se hizo precisión de la marca.

Según el Tribunal Superior de Cali, se desconoció que Rafael Ramírez Álvarez describió las

lámparas, y el juez desatendió que con los testimonios de éste y de María del Carmen Giraldo, y Jhon Jairo Posso Ortiz, se pudo establecer que las lámparas fueron encontradas en el “cambuche” de la Unión Temporal Puerto Mallarino y que tenían el logo de EMCALI con un número serial “CTTO-G1236-951996”, tal y como quedó fijado fotográficamente y visible de folios 79 a 85.

Se desconoció, dice el Tribunal, por el A quo que las mismas lámparas fueron las que el señor José Luis Tolosa, almacenista de la unión temporal, le indicó al ingeniero que fueron vendidas por un tercero, que después se identificó como David Enciso.

Determinó que el fallador olvidó que el señor David Enciso aceptó cargos como interviniente en el delito de peculado por apropiación, asegurando que el dolo era evidente, ya que era innegable que el procesado teniendo bajo su custodia las lámparas, se orquestó con su cuñado para apropiarse y lucrarse de ellas.

Restó credibilidad a las exculpaciones ofrecidas por el procesado en juicio porque solo se basó en que las lámparas vendidas por David Enciso eran marca NOVALUX, apoyado solo en una cuenta de cobro, y sin explicar porque esas lámparas que estaban bajo su custodia o tenencia resultaron en poder de la unión temporal.

Concluyó que contrario a lo valorado y decidido por el Juez de primera instancia, la fiscalía sí logró demostrar la materialidad, autoría y responsabilidad penal del señor Guzmán Álvarez por el delito de peculado por apropiación.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

En criterio de la defensa, el fallo de segundo grado es desacertado ya que dio plena credibilidad a los testimonios rendidos por María del Carmen Giraldo, Rafael Ramírez Álvarez y John Jairo Posso Ortiz. Sin embargo, con dichas declaraciones no se logró demostrar la participación de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ en los hechos, como quiera que se

dejaron de lado aspectos fundamentales frente a la tenencia y custodia del bien

Expuso que no existió prueba de (i) que las lámparas pertenecieran al lote que le fue entregado en custodia al condenado, (ii) que éste fuera la única persona que tenía bajo su custodia los elementos, (iii) que las 6 luminarias halladas por el testigo Rafael Ramírez Álvarez en el campamento Consorcio Unión Temporal Puerto Mallarino, fueran las mismas de propiedad de EMCALI EICE ESP, (iv) no se estableció a quién se le entregaron las luminarias por parte de EMCALI, (v) no existe ningún elemento probatorio del que se infiera que YESID GUZMAN entregó las luminarias a DAVID ENCISO, (vi) no se advierte testimonio alguno del Consorcio Unión Temporal Puerto Mallarino del que se advierta que en la negociación participó su defendido, y (vii) no se estableció cómo se produjo la compra de las lámparas del Consorcio Unión Temporal Puerto Mallarino al señor DAVID ENCISO, es decir, si se entregaron en la planta, fuera de ella o en las oficinas. Así las cosas, no era posible afirmar que el condenado tuviera responsabilidad en la comisión de los hechos juzgados.

Adujo que el hecho de que David Enciso hubiese aceptado cargos como interviniente del delito de peculado por apropiación es solo un indicio, desconociendo que estamos ante un derecho penal de acto y no de autor, y que para asegurar que se es responsable de una conducta, se tiene que allegar prueba legal y oportuna que demostrara que su defendido obró con división del trabajo y que fuera el custodio de las luminarias.

Aseguró que el Tribunal incurrió en un yerro jurídico al inferir que en las lámparas concurrían dos marcas, Celsa y NOVALUX, sin acreditar que se trataba de la misma empresa o que las dos empresas fueron fusionadas, o en últimas que se tenía un convenio para la fabricación de las luminarias para cubrir algún contrato con EMCALI EICE ESP.

Recrimina que no existió evidencia, testimonial ni documental, y menos pericial que indicara que las lámparas encontradas en el Consorcio Unión Temporal Puerto Mallarino fueran las mismas de EMCALI EICE ESP.

Consideró que de la prueba practicada no se desprende la participación del encartado, por el contrario, se advierten serias dudas en cuanto a su responsabilidad; en consecuencia, se debe pregonar a favor de su prohijado el principio de in dubio pro reo por lo que solicitó su absolución.

Subsidiariamente, insiste en la absolución por ausencia de antijuridicidad material, al considerar que se está ante un delito de bagatela, pues las luminarias ni siquiera superan el valor de un salario mínimo; máxime cuando no serían utilizadas por EMCALI para el alumbrado público, ya que estaban en desuso, lo que lo llevó a pregonar que ese comportamiento no pone el peligro el bien jurídico tutelado por el Estado conforme lo establece el artículo 11 del Código Penal.

Aseguró que la lesividad al bien jurídico fue mínima y no se justifica la intervención del derecho penal, solicitando a la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento sobre las conductas que en casos de atentados contra la Administración Pública no sobrepasan un salario mínimo legal mensual. Ello por cuanto el Tribunal no refirió nada sobre la poca o nula afectación de la conducta a las arcas de la administración pública en un delito cuya cuantía era inferior a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2006. En su concepto no existió lesividad en la conducta y pensar de modo contrario sería retrotraerse al derecho penal de autor.

Finalmente, y como segunda petición subsidiaria, solicitó la redosificación de la pena impuesta. Informó que el procesado con la ayuda de un peritaje estableció los posibles perjuicios materiales y morales causados con la pérdida de las 6 luminarias y consignó lo pertinente a órdenes del proceso y en beneficio de EMCALI EICE ESP, de conformidad con el artículo 401 inciso 2 del Código Penal, por lo que su pretensión es la de que la pena se disminuya en una tercera parte. Expuso que como la primera condena fue la proferida por el Tribunal Superior de Cali el 7 de febrero de 2019, es procedente tal rebaja. En consecuencia, solicita reducir la pena hasta una de 42 meses y 20 días de prisión.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

A folio 266 del cuaderno principal consta que en la Secretaría del Tribunal Superior de Cali se corrió el traslado para que los no recurrentes se pronunciaran, pero ninguno ejerció ese derecho.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De la competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación especial promovida por la defensa en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, de conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018.

2. De la impugnación especial.

A partir del Acto Legislativo 01 de 2018, se adoptó en Colombia el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria para garantizar con ello la doble conformidad, de suerte que en el artículo 3º ibídem que modificó el artículo 235-7 de la [Constitución Política](#) se estableció:

“Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

“(…)

“7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los

fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares”.

Para desarrollar los fines integradores de la jurisprudencia y cumplir el mandato constitucional, la Sala, mediante decisión CSJ AP, 3 de abr, 2019. Rad. 54215, adoptó medidas provisionales para garantizar el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales del país.

“... [D]entro del marco procesal de la casación, resguardará así esa garantía:

“(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

“(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

“(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

“(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

“(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso –en 600 de 2000 o 906 de 2004–, para el recurso de casación.

“(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

“(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

“(viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004– el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

“(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600–, procederá a

resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

“(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

“Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

“(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.”

En el caso concreto se advierte que se cumplieron a cabalidad los lineamientos contemplados en la providencia referida, pues después de varios requerimientos la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, corrió traslado para interponer la “impugnación especial” y posteriormente el “recurso extraordinario de casación”, acorde a los parámetros fijados por esta Sala en decisión del 6 de agosto de 2019, razón por la cual se pronunciará acerca de los motivos de disenso expuestos por el impugnante en el escrito contentivo del primero de tales mecanismos que fue finalmente la única forma de oposición al fallo que se utilizó.

3. De la resolución al recurso de apelación.

El recurrente planteó tres reparos a la sentencia de segunda instancia por la cual se revocó la sentencia absolutoria y se condenó a YESID GUZMÁN ÁLVAREZ por el delito de peculado por apropiación establecido en el artículo 397 inciso 3º del Código Penal. Esto obliga a la Corte a pronunciarse respecto de cada una de las discrepancias alegadas: 1. La errada valoración probatoria realizada por el Tribunal Superior de Cali, respecto de varios elementos esenciales en la estructura del tipo penal de peculado por apropiación, como lo son el objeto material y lo relacionado con la tenencia o custodia del bien apropiado. 2. La antijuridicidad de la conducta por consistir en un delito de bagatela a voces del recurrente. 3. La dosificación punitiva, demandando la aplicación de la rebaja de pena consagrada en el inciso 2º del artículo 401 del Código Penal.

En razón al principio de prioridad, la Sala inicialmente abordará las razones de inconformidad relacionadas con la valoración probatoria efectuada por el Tribunal Superior de Cali en cuanto a la estructuración de tipo penal de peculado por apropiación, y en el evento de ser rechazadas, se avanzará a los demás supuestos de controversia planteados por el defensor del procesado.

3.1. Valoración probatoria.

El primer reparo del impugnante hace relación a la valoración probatoria elaborada por el Tribunal Superior de Cali, dado que considera que de los testimonios rendidos por la señora María del Carmen Giraldo Calderón y los señores Rafael Ramírez Álvarez y Jhon Jairo Posso Ortiz, no se logró demostrar que las lámparas encontradas pertenecieran al lote que le fue entregado en custodia al condenado y tampoco que se tratara de las mismas vendidas por el señor David Enciso a la Unión Temporal Puerto Mallarino puesto que unas eran de marca NOVALUX y las otras eran de marca CELSA, por lo que su defendido no era responsable del delito atribuido, al no estructurarse el peculado por apropiación.

Las inconformidades planteadas por el apelante obligan a la Corte Suprema de Justicia a realizar un estudio de los elementos que conforman la estructura de la conducta punible denominada peculado por apropiación consagrada en el artículo 397 del Código Penal con el fin de establecer, como lo ordena el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, si se logró obtener un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ en los hechos por los cuales se le acusó.

Debe aclararse al defensor impugnante que la responsabilidad penal es la consecuencia jurídica de encontrar demostrados en un juicio penal los elementos de la conducta punible, esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en su orden. En consecuencia, lo primero que debe realizar el juzgador es un análisis probatorio para establecer si la conducta por la cual se acusó es típica, entendido este proceso como la adecuación perfecta entre la descripción que contiene el tipo penal y las acciones (u omisiones) desplegadas por el procesado.

Teniendo lo anterior claro, se dispondrá la Sala a realizar el estudio del proceso de adecuación típica, indicando que el artículo 397 del Código Penal dispone:

“ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los

cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Del estudio del tipo penal se advierte que para su configuración es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. La realización de la acción por parte de un sujeto activo cualificado denominado servidor público en las condiciones establecidas en el artículo 20 del Código Penal.
2. La apropiación de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que esta tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes de particulares.
3. Una relación material o jurídica de administración, tenencia o custodia entre los bienes apropiados y el servidor público.

De manera pacífica esta Corporación ha sostenido en términos similares que, para la configuración del delito de peculado por apropiación, deben concurrir estos tres elementos (Radicado 38.289 del 12/12/2012, reiterados en Radicado 55033 del 27/08/2019).

En el caso sub examine, se puede advertir que la Fiscalía General de la Nación, únicamente

logró demostrar el primero de los requisitos, esto es la calidad de servidor público de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ como empleado de EMCALI EICE ESP.

Para demostrar la condición de servidor público cuenta en el proceso con los testimonios que rindieran el 15 de abril de 2016, 18 la señora María del Carmen Giraldo Calderón y el propio YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

La primera, en calidad de investigadora del C.T.I., Grupo de Administración Pública, manifestó que dentro de la investigación realizada para acreditar la calidad de servidor público del acusado solicitó “..a EMCALI el acta de posesión y la hoja de vida y el contrato [...] donde aparece la resolución de nombramiento...” (REC. 1:45:46 CD 1), posteriormente en audiencia leyó el acta de posesión emitida por EMCALI del 20 de octubre de 1992 donde YESID GUZMÁN ÁLVAREZ se posesiona como ayudante instrumentista en la planta de Puerto Mallarino cargo para el cual fue nombrado por resolución número 5219 (REC. 1:49:47 CD 1).

La anterior información fue corroborada por el propio procesado, que renunciando a su derecho a guardar silencio, manifestó en el juicio oral que inició a trabajar en EMCALI, en la planta de Puerto Mallarino desde octubre 20 de 1992 y hasta la celebración de la audiencia pública aún era trabajador de EMCALI (REC. 25:40:00 CD 2).

Con estos dos testimonios se encuentra satisfecho el primer requisito referente a la calidad de servidor público de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

Ahora bien, aunque ya se estimó acreditada la condición de servidor público del acusado, la Corte aclara que el acta de posesión que obra a folio 64 del expediente no puede ser aprehendida como elemento de juicio pues sobre ese documento el Juez Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali incurrió en el error de admitir su incorporación como evidencia de la fiscalía en la audiencia de juicio oral a pesar de haberla inadmitido como prueba durante la audiencia preparatoria. Al aceptarla como la evidencia número 24.1,

el Juez pasó por alto que ni ese documento, ni ninguno otro, fueron decretados como medio probatorio en la audiencia preparatoria del 28 de julio de 2015, tal como más adelante se demostrará.¹⁹

Una de las características del Sistema Penal Acusatorio es la ordenación estricta de la fase probatoria tanto en oportunidad como en las formalidades de su aducción, al punto que es un error demandable en casación el de la infracción manifiesta “de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

Las reglas de producción de la prueba involucran principios y garantías que van desde la enunciación previa de las mismas hasta la forma y reglas de la práctica de cada uno de los medios decretados por el Juez una vez que se ha agotado el debate sobre su conducencia, pertinencia, utilidad y ausencia de superfluidad y repetitividad. Como se trata de un proceso de partes y uno de sus principios basilares es el de igualdad de armas, una vez se acuerdan estas con el concurso del juez, son solo esas las que pueden usarse.

Excepcionalmente pueden introducirse pruebas que inicialmente están excluidas per sé, así ocurre por ejemplo con las llamadas “de referencia” o con las no descubiertas en la audiencia preparatoria (sobrevinientes), pero su introducción está sometida a reglas propias que buscan proteger básicamente dos aspectos claves del proceso: La garantía de defensa y la integridad del juicio. En este orden de ideas para la Corte es claro que los juzgadores no pueden valorar sino las pruebas decretadas en la audiencia preparatoria pues una conducta contraria atenta gravemente contra el debido proceso con incidencia en la garantía de defensa e imposibilita, como ocurre aquí, que se puedan dar por demostrados elementos estructurantes de la conducta enjuiciada, lo que impide la construcción de una sentencia condenatoria.

En este caso concreto el Ad quem quedó maniatado para demostrar los restantes requisitos para la configuración del delito de peculado, esto es, la apropiación de los bienes del Estado

(6 lámparas) y la administración, tenencia o custodia que sobre las misma tenía el procesado por cuenta del desarrollo que la audiencia preparatoria tuvo merced a las deficiencias del fiscal delegado.

En efecto, el delegado de la Fiscalía pasó por alto que con las precarias pruebas que le fueron legalmente admitidas en el juicio oral le resultaba imposible cumplir con su misión funcional de “llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe” tal como se lo imponía el mandato del artículo 372 del Código de Procedimiento Penal.

Tómese nota de los trascendentes errores en que al unísono incurrieron en el desarrollo de la audiencia preparatoria el Fiscal 48 Seccional Encargado y la defensa técnica de GUZMÁN ÁLVAREZ y que, lamentablemente, la Judicatura terminó avalando en primera y segunda instancia, a punto tal que el propio Tribunal ignoró que no podía tener como evidencias los documentos aportados tanto por la fiscalía como por el defensor, y terminó sustentando su decisión de condena precisamente en la atribución jurídica de fuerza probatoria a medios que no tenían existencia jurídica tal como a continuación se demuestra conforme al desarrollo de la audiencia preparatoria.

En sesión del 28 de julio de 2015, el juez interroga sobre estipulaciones probatorias, pactándose entre las partes (i) el hecho de que el procesado carece de antecedentes disciplinarios, (ii) que carece de antecedentes de policía, y (iii) “Las calidades personales que el procesado tenía en su residencia” (REC. 00:35 grabación 4).

A continuación, el juez otorgó la palabra al fiscal para que realizara sus solicitudes probatorias, indicándoles que las partes “sustentan el para qué esos medios de conocimiento que deberían hacer valer” (REC. 02:15; grabación 4). La fiscalía enunció varios documentos, entre ellos; 1) El oficio enviado a la oficina de asignaciones por el doctor

Carlos Alberto Giraldo Martínez director de control disciplinario de EMCALI; 2) El acta del 22 de mayo de 2008 suscrita por el ingeniero Rafael Ramírez Álvarez, el supervisor Camilo Torres Murcia y el almacenista José Luis Tolosa dejando constancia de 6 lámparas que se encuentran en el almacén y que fueron adquiridas por el contratista con factura que reposa en Barranquilla; 3) la comunicación del representante legal Unión Temporal Puerto Mallarino poniendo de presente copia de los cheques con los que se cancelaron las lámparas agregando 2 cuentas de cobro por \$400.000 a favor de David Enciso; 4) Copia del auto que ordenó la investigación disciplinaria; 5) Informe del investigador de campo del 2 de junio de 2009, aportado por María de Carmen Giraldo adjuntando hoja de vida del procesado, antecedentes, copia de la resolución disciplinaria en que se absuelve a YESID GUMÁN ÁLVAREZ; 6) Informe del investigador de campo del 18 de mayo de 2009 aportado por María de Carmen Giraldo dando cuenta de inspección a la planta de Puerto Mallarino para cotejar el inventario e individualizar e identificar las lámparas objeto de este proceso, al igual que acta de posesión del procesado.

Una vez terminó de relacionar los documentos el fiscal delegado, expuso:

“...estas que he mencionado serán introducidas en el juicio por la investigadora María del Carmen Giraldo, de las cuales me permito enunciar su pertinencia. Su pertinencia radica en que guarda este testimonio relación con el objeto de investigación y debate y es apta y apropiada para demostrar la existencia de las lámparas, su custodia, para lo cual tenemos que fue la investigadora quien realiza el trabajo de campo para acreditar la existencia de los hechos denunciados de manera oficiosa por control disciplinario de EMCALI, así como la plena identidad, vinculación y arraigo del señor YESID GUZMÁN ÁLVAREZ. Respecto de su conducencia es una prueba permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, ya que con estas labores que despliega la fiscalía a través de su investigadora María del Carmen Giraldo es con ellas que se comprueba sobre los hechos referidos en la denuncia. De igual modo para acreditar la plena identidad del acusado, arraigo y la obtención de documentos que se introducirán

como medios de prueba en el juicio, en su labor de campo visitó la sede los hechos y expondrá los resultados obtenidos con relación a las lámparas y la situación del acusado respecto de su vinculación laboral, especialmente de su responsabilidad que se le había confiado respecto de las lámparas. De este medio de prueba me permito enunciar la utilidad que radica en que, con este testimonio de la investigadora, estableceremos la existencia de las lámparas, la vinculación del señor GUZMAN ÁLVAREZ con EMCALI así como su identificación además de la custodia que tenía sobre dichos elementos. Como medio de prueba también tenemos copia de la declaración del ingeniero Rafael Ramírez Álvarez, la pertinencia de esta declaración del ingeniero..." (REC. 05:23:00 grabación 4) (subrayado de la Sala).

Posteriormente, solicitó los testimonios de José Luis Tolosa Ibañez, John Jairo Posso Ortiz y Gersaín Adolfo Peña, explicando la pertinencia, conducencia y utilidad de todos los testimonios solicitados.

Como viene de verse el fiscal solicitó varios documentos para ser tenidos como pruebas en juicio oral, sin embargo, al momento de sustentar su pertinencia, conducencia y utilidad, expuso que esos documentos serían introducidos por la investigadora y enseguida se dedicó a sustentar la pertinencia, conducencia y utilidad del testimonio de María del Carmen Giraldo en calidad de investigadora, olvidando por completo motivar su solicitud frente a cada documento. De esa manera el fiscal dejó patente su desconocimiento de los conceptos de conducencia, pertinencia y utilidad señalados en la ley y desarrollados jurisprudencialmente por esta Corporación, entre otras decisiones, en radicado 46.153 del 30 de septiembre de 2015.

Corrido el traslado al agente del Ministerio Público y del defensor, para requerirlos si tenían alguna "controversia" (REC. 12:42:00 grabación 4), manifestaron que no.

Una vez iniciada la solicitud de pruebas por el defensor, también solicitó varios documentos

(declaraciones de personas que eran testigos de la fiscalía, declaración extrajudicial de David Enciso, documentos que reposaban en el proceso disciplinario para demostrar que su defendido fue absuelto en el mismo) y varios testimonios comunes solicitados también por la fiscalía. Finalmente, la declaración del propio procesado.

Frente a esas peticiones el juez de conocimiento, luego de llamar la atención a las partes sobre la forma como deben sustentarse las solicitudes probatorias dada la carga y responsabilidad de los sujetos procesales en el proceso penal, de explicar las reglas de la prueba testimonial y las reglas de la prueba documental, expuso y decidió (REC. 06:15 grabación 4):

“...la fiscalía dijo que requería a la señora María del Carmen Giraldo, investigadora, sustentó una pertinencia específica de este testimonio, acreditar la existencia de las lámparas, la vinculación del acusado con EMCALI y que esta persona había realizado un informe de investigador de campo y que había allegado algunas actuaciones. Ese testimonio de María del Carmen Giraldo está justificado su pertinencia en debida forma. Lo que no acreditó la fiscalía fue en particular si hay una prueba documental propiamente dicha de las que presentaría esta testigo, cuál es la pertinencia de cada uno de esos medios de conocimiento. Si es que hay algún medio de conocimiento que va a ser introducido como prueba documental autónomamente, simplemente se mencionó, pero cuando se mencionó que el oficio de Carlos Alberto Giraldo Martínez, que el acta del 22 de mayo de 2008, que la comunicación, simplemente se hizo como mención a que sería introducido por la testigo, pero cuando se refirió a la pertinencia, se refirió, pero a la pertinencia de la testigo. Es decir, que hubo una ausencia de sustentación frente a pertinencia de medios documentales autónomos. Así que se permitirá y se decreta el testimonio de María del Carmen Giraldo y se permitirá el uso de los documentos descubierto para los fines legales, es decir, para de pronto recordar un dato, de pronto refrescar memorial, de pronto impugnar credibilidad, etc., pero no hay un soporte para decretar una prueba documental propiamente dicha. También por estar debidamente sustentado, se decreta el testimonio de Rafael Ramírez

Álvarez, José Luis Tolosa Ibáñez en tercer lugar, John Jairo Posso Ortiz y Gersaín Adolfo Peña en quinto lugar. Esas son las cinco pruebas testimoniales que se decretan para la fiscalía”.

A la defensa (REC. 08:50 grabación 4), le negó la prueba documental y la testimonial. Únicamente, decretó el testimonio de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

Esa decisión interlocutoria la notificó en estrados y cuando interrogó por los recursos, los sujetos procesales e intervinientes manifestaron que no interpondrían recursos (REC. 19:45).

La reconstrucción de la audiencia preparatoria ilustra de manera inequívoca que el juez de primer grado no decretó ninguna prueba documental. En consecuencia, no se entiende cómo en contravía de su propia decisión de ordenación probatoria, luego, en audiencia de juicio oral permitió la incorporación irregular de tales documentos. De contera, tampoco se encuentra una razón atendible para que el Tribunal Superior de Cali basara en los documentos ilegalmente incorporados a la actuación el fallo revocatorio de la absolución.

Ahora deberá observarse cómo se desarrolló la audiencia de juicio oral realizada el día 15 de abril de 200620.

Una vez expresada la manifestación de inocencia por parte del acusado y realizada la presentación de la teoría del caso de la fiscalía, el nuevo defensor de GUZMÁN ÁLVAREZ, manifestó que en vista de que su antecesor no pudo lograr que se decretaran pruebas documentales, solicitaba que tres (3) fotografías fueran tenidas como pruebas sobrevinientes de conformidad con el artículo 344 del C.P.P. y la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia con radicado 44.238, para establecer los hechos. Adujo que las fotocopias que aportó la fiscalía donde obraban fotos de las lámparas no eran claras frente a la marca de las mismas, por lo que era imperioso tener las tres (3) fotos por aportadas como prueba sobreviniente. El juez requirió al abogado para que informara quién las tomó, cuándo fueron tomadas y quién las introduciría en el juicio oral (REC. 26:15). El defensor

expuso que las fotografías fueron tomadas el 29 de septiembre de 2015, en la planta de Puerto Mallarino, por el señor YESID GUZMÁN ÁLVAREZ quien las introduciría al juicio por ser el único testigo decretado a la defensa.

El juez les otorgó el carácter de prueba sobreviniente, autorizó su ingreso sin oposición del fiscal y sustentó parte de la absolución en esos elementos.

Recorriendo la audiencia de juicio oral nuevamente, debe decirse que con el testimonio de la investigadora María del Carmen Giraldo Calderón, testigo número 1 de la fiscalía, se introdujeron treinta y un (31) documentos de manera ilegal, algunos de los cuales el Tribunal terminó utilizando como fundamento de la sentencia condenatoria que revocó la absolutoria del Juzgado.

De esa forma, el Tribunal en el presente caso incurrió en vulneración sustancial al debido proceso. Tal como se viene de exponer, esa Corporación terminó atribuyendo fuerza demostrativa a documentos que se incorporaron irregularmente en el juicio, pues se trataba exactamente de los mismos que el juez de primera instancia había denegado como pruebas en la audiencia preparatoria, donde solo fue aceptada su utilización para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Es claro que todo el desarrollo del sistema oral acusatorio se cumple a través de fases previas y preclusivas para abordar las siguientes y que el fin último del trámite es la celebración de la audiencia de juicio público, oral, concentrado y con inmediación. Así establecida esa breve pero fundamental regla, la audiencia preparatoria y las decisiones que allí se adopten sobre todo el material probatorio por el juez de conocimiento son poder y límite tanto de su propia facultad de dirección del juicio como de la actividad de los sujetos procesales. Y es que así debe ser conforme a la filosofía que informa los pilares básicos de un sistema acusatorio, público y garantista, dentro de los cuales en muchas fases –la audiencia preparatoria, por ejemplo— la forma es la garantía. Las reglas que imponen el

orden de cómo se hacen las cosas en cada fase, son formas que garantizan el ejercicio correcto de sus derechos por cada una de las partes para que, conforme a los principios democráticos que informan el proceso penal, haya reglas ciertas y resultados inciertos. La certidumbre que ofrece el fallo que cierra el juicio oral y público no lo es tal sino cuando esa decisión alcanza firmeza con fuerza de cosa juzgada, pero en el entretanto nadie puede garantizar ese resultado. Y tan no se puede garantizar que incluso asegurarlo previamente es una falta disciplinaria para los abogados litigantes²¹ y una causal impeditiva para los Jueces de la República. En ese orden de ideas, resulta inaceptable que se utilicen en la audiencia de juicio oral elementos materiales probatorios y evidencia física que fueron inadmitidos en la audiencia preparatoria, tal como aquí ocurrió. Dicha situación vulnera el debido proceso, incide en la garantía del derecho de defensa y socava el principio rector de la dignidad humana, entendida esta como la prohibición de instrumentalizar al procesado pues vulnera el fin del Estado de aseguramiento de la convivencia y la vigencia de un orden justo.

En consecuencia, por no haberse decretado como pruebas en la audiencia preparatoria, son jurídicamente inexistentes todas las evidencias 1 a 24.1, obrantes de folios 63 a 94 del expediente, a saber: 2 fotocopias de cheques por valor de \$400.000, cada uno por cara y revés; 2 comprobantes de egreso; 2 cuentas de cobro a favor de David Enciso; oficio de Unión Temporal Puerto Mallarino al ingeniero Rafael Ramírez; 19 folios con fotografías de lámparas marcadas EMCALI CTTO GE-236-95 y de varios lugares construidos y en obra; consulta decadactilar del procesado a la Registraduría Nacional del Estado Civil; oficio del 29 de septiembre de 2008 del Director de Talento Humano de EMCALI y el acta de posesión de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ. Es decir, a pesar de que esas evidencias obraban físicamente en la actuación, su única utilidad probatoria jurídicamente aceptable se limitaba a su uso como elementos para refrescar memoria o impugnar credibilidad. Su utilización para otros propósitos demostrativos actualizó por parte del Tribunal, el error que en casación se denomina falso juicio de existencia, en este caso por suposición de prueba, pues se tiene

como tal una que carece de existencia jurídica por no haber sido decretada en la audiencia preparatoria. Esos documentos existen como simples papeles sin capacidad demostrativa o lo que es igual, no existen probatoriamente hablando.

Una vez establecida que esa era la regla probatoria dentro de esta actuación y que tales evidencias nunca alcanzaron el carácter de pruebas por no haber superado el tamiz de la audiencia preparatoria, deberá la Sala, valorar las que si fueron descubiertas, solicitadas, decretadas y practicadas en debida forma en el proceso para establecer si se llega a un conocimiento más allá de toda duda razonable, frente a la materialidad de la conducta, los dos requisitos faltantes (apropiación de bienes del Estado y relación de custodia entre esos bienes y el servidor público), o si se debe revocar la sentencia de segundo grado, primera sentencia de condena, proferida por el Tribunal Superior de Cali.

Dentro de la audiencia de juicio oral se escucharon tres (3) testimonios de los cinco (5) solicitados por la fiscalía, María del Carmen Giraldo Calderón, Rafael Ramírez Álvarez y John Jairo Posso Ortiz.

La investigadora del CTI María del Carmen Giraldo, aseguró en juicio oral que conocía el caso porque rindió un informe en el mismo, donde realizó varias actuaciones, entre ellas identificación, arraigo y antecedentes de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ. Expuso que la investigación penal surgió por cuanto la oficina de Control Interno Disciplinario de EMCALI inició una investigación disciplinaria por la pérdida y hallazgo de seis (6) lámparas que se encontraron en la planta de Puerto Mallarino y compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación.

Ella se desplazó a EMCALI donde obtuvo copias del proceso disciplinario y después acudió a las dependencias de la Planta de Puerto Mallarino “...para verificar el destino final de las lámparas por las cuales se había iniciado el proceso disciplinario, allá en la planta encontré [dijo] que efectivamente estaban las 6 lámparas, observé que la identificación que tenían

las lámparas eran las mismas que hacían referencia en el proceso disciplinario, tenían una marca del logo de EMCALI y unos números y unas letras que las identificaban. [...] Verifiqué que concordaban con las fotografías que fueron tomadas dentro del proceso disciplinario que eran las mismas que se identificaban allí, la persona que me atendió me entregó un documento que era un acta de recibido donde la Unión Temporal le hacía entrega al señor Rafael Ramírez, un ingeniero que fue el quien se enteró, según el proceso disciplinario que se inició, él fue el que presentó la queja al ver esas lámparas que aparecían en un cambuche donde se estaba haciendo la construcción de un desarenador. (REC. 42:20).

También manifestó que el ingeniero encontró las 6 lámparas en un “cambuche” de la planta donde se estaba construyendo un desarenador, porque estaba buscando un elemento y al ver las lámparas con el logo de EMCALI, preguntó y le dijeron que un trabajador de EMCALI se las había vendido, por eso fue que él colocó la queja a la oficina de control disciplinario, donde manifestaron que las lámparas las había vendido el señor David Enciso, cuñado de YESID GUZMÁN, ese fue el fundamento de la investigación en control disciplinario.

Cuando el fiscal la requirió por evidencias obtenidas para soportar los hechos, manifestó que a ella le “...dieron la documentación en la oficina de control disciplinario del proceso que se había iniciado”. Igualmente, en la Unión Temporal Puerto Mallarino, le entregaron otros documentos (REC. 45:28).

La testigo procedió a leer los siguientes documentos: 2 fotocopias de cheques por valor de \$400.000, cada uno por cara y revés; 2 comprobantes de egreso; 2 cuentas de cobro a favor de David Enciso; oficio de Unión Temporal Puerto Mallarino al ingeniero Rafael Ramírez; 19 folios con fotografías de lámparas marcadas EMCALI CTTO GE-236-95 y de varios lugares construidos y en obra; consulta decadactilar del procesado a la Registraduría Nacional del Estado Civil; oficio del 29 de septiembre de 2008 del Director de Talento Humano de EMCALI y el acta de posesión de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

Posteriormente, terminada la lectura de los documentos por la testigo, es cuando el fiscal solicita incorporar los documentos como evidencia, todo con traslado a la defensa y ante la pregunta del juez de si había alguna objeción por parte del abogado del procesado este manifestó que no tenía objeción.

No se puede considerar que la desidia de la defensa avale los errores del juez, toda vez que permitir que se incorporaran los documentos no decretados como medio de prueba, quebranta las bases propias de debido proceso en un aspecto esencial de su estructura como son las reglas de producción y aducción probatoria, con incidencia directa en la garantía de defensa.

Cuando la defensa contrainterrogó la testigo, aquella manifestó que las lámparas tenían el logo de EMCALI, y no conoció de ninguna otra marca.

Frente a la pregunta de si tenía conocimiento de la persona que realizó la venta de las lámparas a la Unión Temporal de Puerto Mallarino, expuso: “Según la documentación que se me aportó, porque es por referencia, supe que fue el señor David Enciso, cuñado del señor Yesid Guzmán” (REC. 01:57:30).

También refirió en el contrainterrogatorio que en una de las cuentas de cobro que leyó en la audiencia aparece que las lámparas vendidas por David Enciso a la Unión Temporal de Puerto Mallarino eran de marca “Novalux”.

El segundo testigo, el Ingeniero Rafael Ramírez Álvarez por su parte, cuando rindió su testimonio, indicó que hace 8 años aproximadamente, estaba buscando un “arrancador suave” en la planta de Puerto Mallarino, y al entrar al “cambuche” de los contratistas descubrió las lámparas de alumbrado remarcadas con EMCALI 1996 y procedió a describirlas: “Son unas lámparas que en alto relieve dicen EMCALI 1996, fueron en su momento hechas por la Gerencia de Energía y unos años atrás nos habían mandado más o menos 76 lámparas pa’ utilizarlas en la planta y en diferentes áreas que requirieran ese

apoyo.” (REC. 02:08:30)

Al momento de encontrar los elementos pudo advertir que pertenecían a EMCALI, pues estaban marcadas con el logo de la empresa e inmediatamente procedió a levantar un acta que puso en conocimiento de la oficina de control disciplinario. Y expuso:

“Yo no puedo decir qué trabajador las había vendido, porque no vi que las hubiera vendido un trabajador, esa fue la información que ellos me dieron y unos cheques que mostraron a quien le pagaron y quien los cobró... ellos habían contratado la instalación de esas lámparas... habían pagado si no estoy mal \$400.000, hay una cuenta de cobro de una persona y después esa persona es cuñada del señor Yesid Guzmán, que es trabajador de la planta, es electricista de la planta que tenía custodia junto con el señor Jhon Jairo Posso de esas lámparas cuando llegaron las 76 lámparas... las recibió el señor Yesid Guzmán, él estaba de turno, él había hecho la gestión pa’ conseguirlas, el otro paquete de lámparas lo retiró con un vale el señor Jhon Jairo Posso y ellos manejaban las lámparas y cada vez que instalaban una lámpara en la bitácora de los electricistas... cada lámpara llevaba un registro para así controlar cada lámpara... las llaves las manejaba el señor Yesid Guzmán y Jhon Jairo Posso, ellos tenían la custodia de las lámparas” (REC. 02:12:00).

Cuando el fiscal lo requiere por las personas que suscribieron el acta y la fecha de suscripción, ante la manifestación de no recordar, el fiscal le puso de presente el documento, para refrescar memoria solo para esos dos datos, sin pedir su incorporación. Cuando el testigo observó el acta manifestó que fue elaborada el 22 de mayo de 2008 y que lo firmaron Camilo Torres Murcia, supervisor de vigilancia de la obra; José Luis Tolosa, almacenista de la obra del segundo desarenador y el testigo.

En el contrainterrogatorio que formuló el defensor, le requirió que leyera la misma acta del 22 de mayo y le informara que marca eran las lámparas encontradas en el cambuche de la Unión temporal. A lo que contestó: “La marca dice Celsa” (REC. 02:26:00). Después

corroborar que el acta decía CELSA, deletreando la marca. Recordó que el almacenista le manifestó claramente que las lámparas las había vendido un trabajador de EMCALI.

Finalmente, con base en una comunicación realizada por el representante legal de la Unión Temporal de Puerto Mallarino, Alfonso José Botero, el día 10 de julio de 2008, dirigida a Rafael Ramírez, el defensor solicitó que el testigo leyera “literalmente” el contenido del documento, y se escucha a record 02:32:19, lo siguiente:

“Cordial saludo. Por medio de la presente le hacemos entrega de los documentos que soportan la compra de las seis luminarias de 400 watios marca NOVALUX adquirida por la UTPM para la iluminación provisional del área donde se construyó el segundo desarenador. Dichas luminarias fueron suministradas por el señor David Enciso identificado con la cédula de ciudadanía número 11.685.129 de Venadillo Tolima, quien en el momento de ofrecer el material en cuestión dio testimonio de ser de su propiedad y la UTPM teniendo en cuenta el principio de buena fe realizó la compra respectiva pagando por el suministro la suma de \$800.000 en dos contados, de la siguiente manera y tal como lo demuestran los documentos anexos: cheque número 7335177 por la suma de \$400.000 girado de la cuenta corriente del Banco de Bogotá número 484731617 de la Unión Temporal Puerto Mallarino a nombre de David Enciso el 30 de agosto de 2006, quien presentó cuenta de cobro de agosto 26 del 2006. Cheque número 214103 por la suma de \$400.000 girado de la cuenta corriente del Banco de Bogotá número 484731617 de la Unión Temporal Puerto Mallarino a nombre de David Enciso el 30 de octubre de 2006, quien presentó cuenta de cobro de octubre 20 de 2006...”

El último testigo de la fiscalía, señor Jhon Jairo Posso, Operario de Mantenimiento, quien realizaba las mismas funciones que YESID GUZMÁN ÁLVAREZ y que también tenía a cargo la custodia de las lámparas, al momento de rendir su testimonio aseguró que las lámparas extraviadas no hacían parte de su inventario, porque el llevaba un registro de las que le entregaron que fueron 77 e instaló 77. Expuso que su jefe directo era Rafael Ramírez y que

cree que las lámparas a que se hace referencia y que se extraviaron eran de marca “CELSA”, y que al parecer eran las que manejaba YESID GUZMÁN RAMIREZ por comentarios que se tenían en el proceso disciplinario.

Por la bancada de la defensa rindió testimonio el procesado, quien frente al objeto del proceso expuso que para los años 2006 a 2008 su jefe era Rafael Ramírez, y que las lámparas que se le entregaron por parte de EMCALI eran marca “CELSA”, y que las instaló todas. Indicó que nunca lo denunciaron y que salió avante del proceso disciplinario precisamente porque se estableció que las lámparas vendidas por David Enciso eran marca “NOVALUX”. (REC: 23:15).

En el contrainterrogatorio expuso que todas las lámparas que EMCALI instaló en Puerto Mallarino estaban marcadas con el mismo número, del año 1996 con el número de contrato GE-236, pero que no existía un número en cada una de las lámparas que las individualizara.

En el presente caso, debe advertir la Corte que no se logró establecer con los testimonios recaudados en el juicio oral, que el procesado se hubiera apropiado ilícitamente de las 6 lámparas que se encontraron en el almacén de la Unión Temporal Puerto Mallarino, así como tampoco logró superarse en juicio la duda frente a la administración, tenencia o custodia que tuvo GUZMÁN ÁLVAREZ sobre elementos de la Empresa incluyera exactamente esas 6 lámparas.

En relación con la apropiación de las seis (6) lámparas, debe decirse, que tanto en la imputación como en la formulación de acusación del 2 de noviembre de 2010, se le enrostró a YESID GUZMÁN ÁLVAREZ el haberse apropiado ilícitamente de 6 lámparas marca “CELSA” que fueron encontradas en el almacén de la Unión Temporal Puerto Mallarino a cargo de José Luis Tolosa.” (REC: 28:25).

El testimonio de Rafael Ramírez, una vez lee el acta que suscribió el 22 de mayo de 2008,

también confirmó que las lámparas que encontró fueron marca “CELSA”. De esas expresiones surge claro que no fue posible establecer en el presente asunto que las lámparas que vendiera David Enciso a la Unión Temporal fueran las mismas que se encontraron en el denominado “cambuche”, porque también del mismo testimonio del ingeniero se pudo establecer, cuando leyó el oficio que le fuera remitido por el representante legal de la unión temporal, que las adquiridas por esa empresa eran de marca “NOVALUX”.

Así las cosas, son entonces las graves falencias investigativas de la Fiscalía las que impiden mantener la sentencia condenatoria que el Tribunal profirió sin que las pruebas válidamente practicadas en el juicio alcancen a sustentar los asertos de ese fallo.

Nótese que la investigadora de la fiscalía lo único que hizo fue desplazarse a la oficina de Control Interno de EMCALI y allí obtener fotocopia de varios documentos que anexó a su informe. Después acudió a las instalaciones de EMCALI en la sede de Puerto Mallarino donde observó que las lámparas que allí reposaba eran las mismas que aparecían en las fotocopias.

Sin embargo, como atrás se demostró, esa precaria información es insuficiente para estructurar una sentencia de condena. La investigación nunca estableció, más allá de toda duda razonable, la identidad del objeto material del delito y menos aún precisó de manera inequívoca que la custodia que tenía el servidor público fuera sobre los objetos vendidos a la Unión Temporal y hallados en lo que esa empresa llamaba “cambuche”.

La fiscalía nunca aseguró las lámparas. Ni las recuperó y sometió a procedimientos de cadena de custodia como correspondía a su condición de evidencia. Y ni siquiera las fijó documentalmente –fotográfica o audiovisualmente—, sino que se limitó a recaudar copias de diligencias realizadas por otras instituciones.

Tampoco hizo ninguna actuación encaminada a demostrar que a YESID GUZMÁN ÁLVAREZ

se le entregaron en custodia las 76 lámparas a que hace referencia el testigo Rafael Ramírez. En este punto, se limitó al simple testimonio del ingeniero Ramírez pero sin avanzar hacia el establecimiento de soportes que dieran cuenta de la fecha en la que se entregaron las lámparas en custodia, la cantidad de ellas, la identificación de cada una, y la asignación especial al procesado. Todo eso era mínimamente necesario para que mediante un elemental ejercicio de comparación pudiera establecerse que las lámparas que aparecieron en la Unión Temporal fueran las mismas del lote que supuestamente se le entregó a YESID GUZMÁN y no de las que recibió John Jairo Posso, el otro empleado de EMCALI con las mismas funciones de acusado.

El Tribunal no tenía forma de construir el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado con las falencias ya detalladas. Cómo señalar que la duda ha sido superada al punto de poderse declarar derruida la presunción de inocencia del acusado si ni siquiera pudo establecerse plenamente la identidad de las lámparas presuntamente sustraídas del patrimonio de las Empresas Públicas de Cali.

Nótense las dudas que persisten sobre la apropiación de las lámparas en cabeza de GUZMÁN ÁLVAREZ. Recuérdesse a este punto que el testigo Rafael Ramírez informó que el jefe del almacén José Luis Tolosa, cuando se le preguntó por las lámparas manifestó que se las habían comprado a un empleado de EMCALI. Pero la investigación demostró que a quien se le compraron las 6 lámparas fue a David Enciso, que no era empleado de EMCALI.

Aunque ese dato es ya en sí mismo relevante y conspira contra el mantenimiento de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal, el mismo se fortalece con la demostración de que el negocio entre David Enciso y la Unión Temporal Puerto Mallarino se realizó en los meses de agosto y octubre de 2006 y las lámparas objeto de este proceso fueron encontradas el 22 de mayo de 2008. Esos casi 24 meses de tiempo transcurrido entre un suceso y otro, ya sea por el deterioro natural del uso de los elementos o por la simple falta

de evidencias que demostraran la identidad entre esos objetos, impiden determinar más allá de toda duda razonable que se trate de las mismas lámparas.

No se opone a las anteriores conclusiones el que los tres testigos de la fiscalía se dedicaran a hacer referencia al trámite disciplinario que se inició en contra de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ y a los documentos que en ese proceso se recolectaron. Al revés, esas pruebas fortalecen la duda. La investigadora del acusador, resaltó que en su investigación no pudo establecer quién fue la persona que vendió las lámparas porque: “Según la documentación que se me aportó, porque es por referencia, supe que fue el señor David Enciso, cuñado del señor Yesid Guzmán”.

Olvidaron fiscal, defensor y juez que las partes en la audiencia preparatoria, estipularon la carencia de antecedentes disciplinarios en cabeza de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ, motivo que ameritaba que ese tema no fuera tratado en la audiencia de juicio oral. Pero aún tratado tampoco aporta ningún dato novedoso, pues el parentesco del vendedor de las lámparas con el aquí procesado no puede ser, así insularmente conocido, un dato que permita sostener la sentencia condenatoria recurrida. Pudo ser en su momento una pista a seguir por la Fiscalía, pero jamás la exploró ni la explotó, sino que se quedó, como lo reconoce la declarante, en la mera enunciación referencial del dato.

Importante es resaltar que la Fiscalía dio por sentado que contra GUZMÁN ÁLVAREZ se seguía un proceso disciplinario, y que le era fácil, sin más, traer a la actuación penal fotocopias de las pruebas recopiladas en aquél. Sin embargo, ha de recordarse que el proceso disciplinario, si bien es sancionatorio, no tiene la misma naturaleza, finalidad y alcance que el proceso penal. En el primero se investiga y juzga servidores públicos que infringen normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger la moralidad de la administración. En el segundo se protegen bienes jurídicos mucho más amplios y se sanciona el daño que se produjo con la comisión de conductas punibles que afectan a la sociedad para imponer una pena, por lo general, privativa de la libertad.

Nótese como el Fiscal aceptó estipular con la defensa la carencia de antecedentes disciplinarios, sin advertir que ello le cercenaba el aporte de la investigadora del ente acusador que aunque simplemente se había limitado a extraer fotocopias del expediente que reposaba en la Oficina de Control Interno de EMCALI, fue allí donde “por referencia del proceso disciplinario” se enteró que GUZMÁN ÁLVAREZ fue quien cobró uno de los cheques, que era cuñado de David Enciso y que era quien tenía la custodia de las lámparas.

Olvidó el Fiscal, no solo, se reitera, que al estipular la carencia de antecedentes disciplinarios quedaba invalidado para traer los pormenores del proceso disciplinario, sino que, aun si no hubiera acordado esa estipulación probatoria, y lo pretendido era traer las pruebas del proceso disciplinario para hacerlas valer en el penal, su solicitud de pertinencia ha debido tratarla de forma independiente al trámite administrativo y soportar la importancia de cada uno de los documentos en el proceso penal conforme a las reglas de producción y aducción que establece la Ley 906 de 2004.

Todos los errores denotados en el presente proceso, como (i) la falta de recaudo probatorio pertinente por cuenta de la Fiscalía General de la Nación, para determinar objeto material y custodia; (ii) la falta de sustentación de pertinencia y conducencia para soportar la solicitud probatoria en la etapa de juicio, que condujeron a que el juez negara todas las evidencias documentales de la fiscalía (iii); la falta de aseguramiento por cadena de custodia de las lámparas; y, (iv) las contradicciones en los testimonios de cargo impiden avalar el fallo de condena.

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 24 de abril de 2017, para en su lugar absolver de los cargos que por el delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 397 inciso 3º del Código Penal se le acusó a YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

Igualmente, se ordenará revocar la orden de captura proferida en contra de YESID GUZMÁN

ÁLVAREZ, y se devolverá al proceso a la instancia respectiva para que realicen las comunicaciones a que hace referencia el inciso 2º del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 24 de abril de 2017, para en su lugar absolver de los cargos que por el delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 397 inciso 3º del Código Penal se le acusó a YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

Segundo. REVOCAR la orden de captura proferida en contra de YESID GUZMÁN ÁLVAREZ.

Tercero. DEVOLVER el expediente a la instancia respectiva para que realicen las comunicaciones a que hace referencia el inciso 2º del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

Cuarto. INFORMAR que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZON

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA

Secretaria

1 Fl. 1 c.1

2 Fls. 2-6 C.1

3 Fl. 14 C.1

4 Fls. 40 ss. C.1

5 Fls. 50 ss. C.1

6 Fl. 60 C.1

7 Fl 105 C.1

8 CD Sala 1 abril 27/17 del Tribunal Superior de Cali.

9 Fl. 140 C.1

10 Providencia firmada por los H.M. Patricia Salazar Cuellar y José Francisco Acuña Vizcaya

11 Fl. 163 C.1

12 Fl. 195 C.1

13 Fl. 215 C.1

14 Fl. 242 C.1

15 Fls. 237 y 263 C.1

16 Fl. 4 C.Corte 1

17 Fl. 275 C.1

18 Fls. 50 ss. C.1

19 Fls. 40 y 41 C.1

20 Fl. 50 C.1

21. Artículo 34, literal b, Ley 1123 de 2007 “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”.