



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

SP15530-2015
Radicación N°44915
(Aprobado Acta No.398)

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por la defensora de **ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 20 de junio de 2014, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto de esa ciudad el 19 de abril de 2013, que condenó al procesado por el delito de peculado por apropiación.



Hechos

El 3 de abril de 2002, JAIME BLANCO NÚÑEZ, Gerente de la Clínica Centro del Seguro Social Seccional Atlántico, presentó denuncia penal contra ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ, Jefe del almacén de la Clínica, después de establecer internamente que la orden de salida 4355, fechada el 17 de noviembre de 2001, por valor de \$4'223.289.96, con destino a la Central de Suministros, era falsa, como quiera que los elementos que relacionaba nunca habían entrado a dicha Central, y que la firma de CARMEN VICTORIA DE JESÚS BUELVAS ARRIETA, quien aparecía suscribiéndola, no le pertenecía. Posteriormente nuevos estudios contables permitieron establecer que el almacén presentaba un faltante de \$8'812.504 en el inventario y un sobrante de \$1'003.306.

Actuación procesal relevante

1. La fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ y el 18 de mayo de 2006 calificó el sumario con preclusión de investigación a su favor. Apelada esta decisión por el Ministerio Público, la Fiscalía Octava Delegada ante el Tribunal la revocó el 10 de septiembre de 2010 y acusó al procesado por los delitos de



peculado por apropiación y falsedad material en documento público¹.

2. Rituado el juicio, el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla, mediante sentencia de 19 de abril de 2013, condenó a ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ a la pena principal de 48 meses de prisión y multa de 8 millones de pesos, y la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de peculado por apropiación, y declaró la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad.²

3. Apelado este fallo por la defensa para solicitar la nulidad del proceso por irregularidades sustanciales en su formación, o la absolución del acusado por no haberse acreditado la tipicidad de la conducta, el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante el suyo de 20 de junio de 2014, que ahora el mismo sujeto procesal recurre en casación, lo confirmó en todas sus partes.

La demanda

¹ Folios 25, 85 y 179 del cuaderno original No.1 y 5-29 del cuaderno de la Delegada.

² Folios 30-42 del cuaderno original No.2.



Contiene cinco cargos contra la sentencia impugnada. Uno principal, de nulidad, con fundamento en la causal prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, tres subsidiarios, también de nulidad, con apoyo en la misma causal, y uno más subsidiario, por violación indirecta de la ley sustancial, por errores de derecho por falsos juicios de legalidad en la apreciación de las pruebas.

Cargo primero de nulidad (principal)

Sostiene que los juzgadores de instancia incurrieron en una irregularidad sustancial, determinante de nulidad, al condenar por el delito de peculado por apropiación, desconociendo que el procesado nunca tuvo la condición de servidor público, lo cual, en su criterio, viola los principios de legalidad y tipicidad.

Explica que el delito por el que se procede es de sujeto activo calificado, como quiera que exige que sea servidor público, condición que no se cumple, porque la persona que está vinculada por un contrato de prestación de servicios, como el procesado, no tiene relación contractual de trabajo para ser catalogado trabajador oficial, ni tiene relación jurídica reglamentaria.



Critica los argumentos en los cuales se apoyó la fiscalía para afirmar en la resolución de acusación que el procesado cumplía funciones públicas, y a continuación se ocupa de precisar el alcance del concepto de función pública, para sostener que la persona que está vinculada con la administración a través de un contrato de prestación de servicios no puede ser sujeto activo del delito de peculado, por no tener la calidad de servidor público, y que su responsabilidad penal, en el evento de apoderarse de bienes puestos bajo su cuidado, tendrá que definirse a través de otros tipos penales.

Alude a los contratos de prestación de servicios a través de los cuales el Instituto de Seguros Sociales realizó la vinculación de ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ, para destacar que en ninguno de ellos es contratado como almacenista, ni se le confieren funciones públicas, y al testimonio del Gerente de la Clínica ALBERTO MARIO MARTÍNEZ MASTRODOMÉNICO, para sostener que el procesado llegó al almacén en virtud de un movimiento interno.

Manifiesta que la Fiscal Octava Delegada ante el Tribunal, que acusó, basó su argumentación en la interpretación de un fragmento de una sentencia que se refería al delito de omisión de agente retenedor, que no se ajustaba al caso, como quiera que la Sala de Casación Penal

había variado su línea jurisprudencial, siendo su nuevo criterio el que adoptó con apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 1998, al analizar la exequibilidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993.

Al acoger esta nueva doctrina, ratificada en posteriores decisiones, la Sala precisó que aunque el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, para efectos penales, le asignaba la calidad de servidor público al contratista, interventor, consultor y asesor, en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal condición solamente se adquiría cuando con motivo del vínculo contractual el particular asumía funciones públicas, es decir, cuando el contrato implicaba la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando se circunscribía a una labor puramente material.

Consecuente con sus argumentaciones, solicita a la Corte casar la sentencia por manifiesta atipicidad de la conducta.

Cargo segundo de nulidad (subsidiario)

Sostiene que la sentencia del tribunal viola el debido proceso y el derecho de defensa porque no se pronunció sobre la nulidad planteada por el hecho de haberse cerrado



la investigación y calificado el sumario sin haberse resuelto la situación jurídica del procesado.

Explica que en el presente caso, no obstante que la fiscalía había declarado la nulidad del cierre de la investigación para que se definiera la situación jurídica, sorpresivamente el fiscal del caso, mediante resolución de 23 de enero de 2006, clausuró nuevamente el ciclo investigativo sin hacerlo, por considerar que no era obligatorio, argumentando que las conductas imputadas tenían mínimos punitivos que no excedían los 4 años, y que de acuerdo con el precedente de esta Sala de 20 de octubre de 2005 (radicado 24152), solo era obligatorio hacerlo cuando sobrepasaba este tope.

Sin embargo, el fiscal del caso no tuvo en cuenta que eran dos los delitos imputados, el de peculado y el de falsedad, y que la pena mínima, por dicho motivo, se aumentaba hasta en otro tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal.

Cita jurisprudencia penal sobre las reglas del concurso, para sostener que de conformidad con ellas se hacía necesario definir la situación jurídica, porque en el proceso de individualización de la pena el funcionario estaba obligado a aumentar por lo menos un día, con lo cual se excedía el parámetro establecido por la jurisprudencia.



Sostiene que la irregularidad es trascendente porque vulnera el derecho a la igualdad, y porque si se hubiera definido la situación jurídica habría permitido el ejercicio del contradictorio. Además, porque el proceso penal se desarrolla en una secuencia de fases, en las que prevalece el principio antecedente/consecuente, y la apertura de instrucción exige una vinculación a través de indagatoria, o de declaratoria de persona ausente, unas pruebas, y una definición de la situación jurídica como paso previo al cierre.

Cita jurisprudencia constitucional sobre la derogación normativa y agrega que el deber de todo funcionario judicial es resolver en forma clara, concreta y sustentada todos los asuntos que lleguen a su conocimiento, informando de la misma manera las razones de hecho y derecho por las cuales acoge o se aparta de los puntos de vista de alguno de los extremos procesales, carga que no cumplió el Tribunal Superior de Barranquilla.

Cargo tercero de nulidad (subsidiario)

Afirma que la sentencia viola el derecho de defensa por inobservancia del principio de investigación integral, por cuanto se dejaron de practicar las siguientes pruebas, (i) el



testimonio de GUSTAVO GAMARRA, (ii) un informe contable con soporte de balance general adiado 31 de diciembre de 2000, balance general con corte a diciembre 2001, (iii) un inventario físico, (iv) la declaración de SANTIAGO ALBERTO MÉNDEZ PERNETT, contador del Instituto, (v) declaración de JANETH VARELA, Jefe del Departamento de Informática, y (vi) declaración del revisor fiscal.

Después de referirse a los conceptos de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad de la prueba, sostiene que el testimonio de GUSTAVO GAMARRA era conducente porque fue la persona que el procesado subcontrató para que le ayudara en el almacén, y podía declarar sobre las dudas expresadas por éste sobre su posible responsabilidad, la forma como funcionaba el almacén y el manejo del sistema.

El informe contable, por su parte, era esencial para la acreditación del dicho del procesado y la tipicidad de la conducta, porque era imprescindible saber qué bienes del Estado se encontraban bajo su cuidado, documento a través de cual podía establecerse o descartarse que la apropiación la llevó a cabo el procesado, y no otra persona, radicando aquí su trascendencia y utilidad.

La declaración de SANTIAGO ALBERTO MÉNDEZ PERNETT era también imprescindible, como quiera que es el contador del instituto, quien dirige un comunicado a LUIS



CARLOS NIETO, Jefe Financiero, y establece la diferencia por \$8'812.504.44, valor que no coincide “con la numérica de la espuria e inocuo documento orden de salida elaborado por el procesado”. Además, hubiera sido interrogado acerca de los movimientos contables, las diferencias y los sobrantes, y por qué en las revisiones anteriores no se detectaron las sustracciones.

La declaración de JANETH VARELA, Jefe del Departamento de Informática, era igualmente imprescindible para corroborar el dicho del procesado de que no alteró el sistema, en cuyo caso la falsificación del comprobante de salida sería inocua, y para preguntarle de qué manera operaba el sistema, con qué programa, qué tarea y funciones desarrollaba, si existía contraseña por usuario, y qué usuarios estaban registrados y autorizados para descargar la información, entre otros aspectos.

Se refiere a la prueba que sustenta la decisión de condena y sostiene que si los juzgadores hubiesen realizado los esfuerzos requeridos para practicar estas pruebas, que como ha dicho, eran imprescindibles, otro hubiese sido el sentido del fallo, porque hubiera revelado que la orden de salida no tiene la aptitud para transformar todo el movimiento contable e información en el sistema.



Apoyada en estas consideraciones solicita a la Sala anular lo actuado a partir de la clausura del ciclo investigativo, para que se practiquen las pruebas echadas de menos, por ser la fase de la instrucción de mayor amplitud para el ejercicio del derecho de defensa y por esencia la de averiguación y determinación de hechos.

Cargo cuarto de nulidad (subsidiario)

Afirma que la sentencia del tribunal viola el derecho de defensa porque no se pronunció sobre las irregularidades denunciadas en el escrito de apelación, relacionadas con la falta de comprobación de las citas realizadas por el procesado en la diligencia de indagatoria y el no recaudo de pruebas de imprescindible factura.

Argumenta que las afirmaciones que el fallo contiene, en el sentido de que no se evidenciaba la presencia de las nulidades planteadas por la defensa, y que ésta tampoco había acreditado su existencia, no son ciertas, como quiera en el escrito de apelación, en las páginas 61-71, en el acápite titulado “violación del principio de investigación integral, in dubio pro reo, valoración de la prueba”, se indica en qué consiste la afectación al debido proceso que genera la



nulidad y su trascendencia frente a la decisión adoptada, como lo acredita su contenido, cuyo texto transcribe.

Esta irregularidad vició la estructura del proceso, porque se atentó contra el principio de legalidad y el derecho de defensa, al no cumplirse con lo prescrito en los artículos 8°, 20, 232, 233, 234 y 338 inciso último de la Ley 600 de 2000, ni con lo dispuesto en el artículo 170, norma esta última de la que se establece que toda providencia debe contener un resumen de los alegatos de los sujetos procesales y un análisis de los mismos.

En el presente caso, la defensa sustentó en debida forma el recurso, pero el tribunal, a pesar de que en apariencia hizo una síntesis del mismo, lo cercena, puesto que nada dijo respecto del ítem donde se alude a la violación del principio de investigación integral, el in dubio pro reo y la valoración de la prueba, con desconocimiento del derecho de defensa.

Asegura que si las citas realizadas por el procesado se hubieran comprobado, y se hubiera realizado un inventario al almacén, se habría determinado qué faltantes reales y físicos aparecían, y concluido que el documento utilizado no era idóneo para descargar elementos del almacén, toda vez que no podía apreciarse insularmente, sino con respecto a



los otros elementos que hacían parte del sistema contable del instituto, como los libros y el sistema de kárdex.

Si los funcionarios judiciales se hubieran tomado el trabajo de revisar la orden de salida 4355, por valor de \$4'223.289.96, habrían establecido que existían diferencias con los consecutivos de comprobantes del almacén, lo cual devela su falta de aptitud para alterar la verdad, su inocuidad.

Sostiene que la diferencia de \$8'812.504.44 que surge a partir del resumen de movimientos del mes de febrero de 2002, al cual se le dedujeron las salidas del almacén desde el 4446 hasta el 4524, no está determinando que exista una apropiación, porque esta diferencia debía contablemente ajustarse. Y la salida 4355 no hacía parte de los consecutivos 4446 y 4524, por lo que no podía inferirse que afectara el movimiento contable y financiero de 2002, sin existir un informe que lo determine.

Agrega que la pericia se atacó partiendo del criterio de la inidoneidad de la perito, quien no acreditó que tuviera conocimientos y preparación especial en el ejercicio de la contabilidad, y también se dijo que el informe 055 de 11 de febrero de 2003, donde se decía que había sido realizado de acuerdo con las normas de auditoría y los principios de contabilidad, no establecía ni indicaba cómo se llevaba en



dicha sede del Seguro el control de sus operaciones, registros, estados financieros, sistemas contables, ni libros.

Se refiere al contenido de la comunicación de 18 de marzo de 2002, dirigida por el Contador Santiago A. Méndez al Departamento Financiero, donde certifica la diferencia de \$8'812.504.44 detectada en el almacén, visible a folios 39 del cuaderno uno, para precisar que este informe certifica que existe una diferencia, no que falte dinero, o que exista apropiación, y que en sentido contable lo que dice “es que hay una diferencia de transacciones versus el sistema de kárdex por lo que correspondía verificar el movimiento de ajustes”.

Era de suma importancia, por tanto, establecer si los materiales a los que aludía la diferencia contable se hallaban en el almacén o en otra dependencia, e indagar si ese faltante venía desde el año anterior. Y si el procesado realizó ajustes a los ítem, debió llevarse a cabo una revisión desde el inicio del año para demostrar cómo venían los inventarios, cómo fue el flujo de ingresos, lo cual no se hizo, y determinarse si el contador al momento de realizar el balance general anual, ajustó los sobrantes y faltantes.

Alude también al contenido de los artículos 123 y 124 del Decreto 2649 de 1993 sobre registros contables, y al alcance del concepto “reagrupar”, soportado en el artículo



129 ejusdem, y explica que el registro auxiliar de que habla este último artículo es lo que se conoce como kárdex, que no es más que el registro de entradas y salidas del almacén, o de una empresa, para registrar los movimientos de inventarios o cualquier otro registro contable.

El peritaje tampoco determinó si el software era manual, o era automático, ni con qué frecuencia se hacía el movimiento en el almacén, ni cuáles eran los elementos de consumo, ni si existía un manual de procedimiento, ni detalla hallazgos. Además, la normatividad legal prevé reglas de control interno en las entidades del Estado, y si no se hizo auditoría por parte de la oficina de control, y tampoco existe un informe contable, el mal llamado informe pericial no podía concluir si hubo o no apropiación.

Argumenta que el estudio de control interno constituye la base para confiar o no en los registros contables y así poder determinar la naturaleza, alcance y oportunidad de los procedimientos y pruebas de auditoría, de donde se sigue que si se había advertido un faltante, debió estar expresado en el informe de contabilidad con conocimiento de la oficina de control interno, y que el perito debió realizar un examen evaluativo preliminar, pruebas de cumplimiento y una revaluación de controles.



Reitera que la sentencia se fundó en una pericia ilegal, y que en el proceso no existe otro elemento de prueba que permita afirmar en grado de certeza que el procesado se apropió de elemento alguno, pues si bien es cierto que elaboró un documento para justificar su desorden, y que en la indagatoria confesó el hecho, esta circunstancia no puede emplearse para inferir el delito de peculado por apropiación, como equivocadamente lo hicieron los juzgadores de instancia, quienes omitieron tener en cuenta la idoneidad de la perito y la fundamentación técnico científica del dictamen.

Afirma que si la auditoría se basa en informes elaborados por personas con experiencia en este campo, el obrante a folios 125 no es un informe de auditoría, dado que no tiene ni el fundamento, ni la metodología, ni hizo énfasis en establecer cómo estaba el inventario a 31 de diciembre de 2000, para tomarlo como punto de partida y tener certeza que no era un sobrante.

En su texto, la perito afirma que se basa en normas de auditoría, pero no señala ninguna, no dice que haya intercambiado información con la oficina de control interno, o con el Contador Santiago Méndez, ni tiene soportes documentales. Sin embargo, el tribunal, al determinar si los hechos debatidos se hallaban demostrados, no aplicó ninguna de las leyes que regulan los efectos y el valor de la prueba pericial, frente a la sana crítica.

La sentencia llega a conclusiones con fundamento en pruebas que no acreditan la tipicidad ni la antijuridicidad de la conducta, sino solo la ocurrencia de un hecho que se hacía necesario verificar, auscultar, especificar, para despejar la presunción de inocencia y llegar al estado del conocimiento de la certeza, siendo impropio que a nivel de una magistratura se construya una proposición a partir de una falacia.

De aceptarse el cargo, pide anular la actuación procesal a partir de los fallos de instancia, o absolver al procesado de los cargos imputados por el delito de peculado por apropiación.

Cargo quinto (subsidiario).

Sostiene que la sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial debido a un error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de la prueba pericial realizada por el Cuerpo Técnico de Investigaciones.

Transcribe los apartes de la sentencia de segunda instancia donde el tribunal se refiere a la pericia contable de fecha 11 de febrero de 2003, para destacar que el juzgador,



al declarar probada la apropiación, lo hace con fundamento en la referida experticia, sin reparar que fue realizada en forma ilegal, de espaldas a las normas llamadas a regular su producción, como son las normas contables y de auditoría.

A continuación reproduce el contenido de algunas normas del Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, que tratan de los objetivos básicos de la información contable y de los estados financieros, y del Decreto 3593 de 2010, sobre auditorías externas.

A partir de este marco conceptual y jurídico, sostiene que la perito, en el cuerpo del informe, asegura que su examen se efectuó de acuerdo con las normas de auditoría y los principios de contabilidad generalmente aceptados, pero sin explicar ni especificar las normas de auditoría ni los principios de contabilidad consultados.

Sus conclusiones se sustentan en lo que verbalmente le manifestaron JOSÉ FRANCISCO VILLANUEVA JIMÉNEZ, Técnico de Servicios Administrativos de Inventario, y SANTIAGO ALBERTO PERNETT, Contador, en la inspección judicial que practicó. El informe “no muestra lo que ella hizo con normas de auditoría, tuvo que obtener información primero, practicar prueba pericial contable”.



La perito tenía que pedir la prueba reina que edifica la presunta apropiación, como es el documento que contiene la falsificación de la firma, para llenarse de evidencias, las salidas no soportadas, las salidas en el sistema, ubicar contablemente el resumen de movimientos y recoger información documental. Se fundamenta en una supuesta certificación del contador, que es una comunicación, pues los contadores dan fe pública del registro o actos económicos, estados financieros y situaciones dentro del ejercicio contable, pero soportados en extractos, asientos, balances y libros que revelan el movimiento financiero de una entidad.

Afirma, después de transcribir la referida certificación, donde el contador informa que la diferencia presentada asciende a \$8'812.504.44, que en ésta no se establece una relación de causalidad con el comprobante No.4355, ni se dice que falta dinero, o que exista una apropiación, sino que existe una diferencia, lo que contablemente quiere decir “que hay una diferencia de transacciones versus el sistema de kárdex por lo que correspondía verificar el movimiento de ajustes ya que se habla incluso de sobrantes”.

La pericia le otorga a este comunicado informal el carácter de certificado contable al introducir la expresión “da fe”, cuando no tiene dicha aptitud. Una verdadera auditoría, implicaba para la perito verificar si los materiales a que aludía la diferencia se encontraban en el almacén o en otra



dependencia. Pero sobre todo, indicar si el faltante venía del año anterior. Y si el procesado realizó ajustes a los ítems, ella y/o el contador podían hacer una revisión desde el inicio del año con el fin de establecer cómo venían los inventarios.

Se refiere a las normas del Decreto 2649 de 1993 que definen los soportes contables, los comprobantes de contabilidad, el inventario de mercancías y los registros auxiliares, para informar que estos últimos registros es lo que se conoce como kárdex, que no es más que el registro de entradas y salidas de un almacén o empresa, para registrar los movimientos de inventario o cualquier otro registro contable, que hoy día “con la técnica de la sistematización, se lleva en el sistema de todos los materiales o elementos, sus códigos y sus valores”.

Afirma que la pericia no determinó si el software era manual o automático. Tampoco precisó con qué frecuencia se hacía el movimiento en el almacén, cuáles eran los elementos de consumo, y si existía un manual de procedimiento del almacén, puesto que, en sede de antijuridicidad, no es lo mismo una apropiación, que una irregularidad en un inventario.

Además, si no se hizo una auditoría de control interno, conforme lo dispone la normatividad legal, ni un informe contable, el mal llamado informe pericial no podía determinar



ni concluir si hubo o no apropiación, de donde el error del tribunal reside en haberlo apreciado y haberle dado crédito, para afirmar, en grado de certeza, la antijuridicidad de la conducta.

A continuación alude a las normas que regulan la auditoría contable, los estudios de control interno, los procesos de auditoría y la elaboración y contenido de los informes, y explica que el propósito principal de la auditoría a los estados financieros es emitir una opinión sobre si representan o no razonablemente la situación financiera y los resultados operacionales.

Reitera que la sentencia se fundamentó en una prueba ilegal, sin que exista en el proceso otro elemento de juicio que permita afirmar con certeza que existió apropiación, porque si bien es cierto el procesado elaboró un documento para justificar su desorden y en la indagatoria confesó el hecho, dicha circunstancia no puede emplearse para construir el delito de peculado por apropiación, como erradamente lo hicieron los juzgadores.

Cita doctrina sobre la apreciación del dictamen pericial y reitera que la pericia que sirvió de fundamento para dictar la sentencia no cumple las exigencias de un informe de auditoría, puesto que “no tiene ni el fundamento ni la metodología, no hizo ningún informe contable, no hizo



énfasis en averiguar cómo estaba el inventario a 31 de diciembre del año 2000 para tomarlo como punto de partida y tener CERTEZA que no era un sobrante, que venía ajustado”.

Argumenta que todos los inventarios a nivel general son susceptibles de ajustes, cuyo objetivo es hacer concordar el kárdex con lo físico, y que “cuando se hizo el movimiento de salida es porque había un faltante físico y el procesado lo que hizo fue ajustarlo”. A partir de aquí, el peritazgo debía establecer cómo le entregaron el almacén, y si hubo acta de entrega, a falta de lo que debió haber realizado la oficina de control interno. Y determinar si había otro faltante en inventarios anteriores, si hubo desajustes, o si por el contrario existieron ajustes.

Asegura que si el tribunal hubiera excluido del haz probatorio el referido informe pericial, no solamente le habría asistido duda, sino que no habría predicado certeza de la responsabilidad del procesado, porque no se estableció el valor de la apropiación, lo cual impedía afirmar la tipicidad y antijuridicidad de la conducta.

Termina diciendo que la valoración probatoria, que no es más que la operación mental que realiza el fallador para determinar si los hechos debatidos en el proceso se encuentran o no demostrados, “impele al criterio de la sana



crítica, en orden a establecer las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, es palmario observar que el que el tribunal no aplicó (sic) ninguna de las leyes que regulaban los efectos y el valor de la prueba pericial”.

Pide, por tanto, casar la sentencia impugnada y dictar una de reemplazo de carácter absolutorio.

SE CONSIDERA

La Sala inadmitirá la demanda de casación que se estudia por no cumplir las exigencias mínimas de orden formal requeridas para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial necesarios para la realización de los fines del recurso. Por separado, analizará cada uno de los cargos propuestos.

Nulidad por desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad.

La casacionista sostiene, en lo sustancial, que el tribunal incurrió en una irregularidad generadora de



nulidad al tipificar la conducta en el delito de peculado por apropiación, porque el procesado no tenía la condición de servidor público, sino la de contratista del instituto de seguros sociales, y no podía, por tanto, ser autor del referido delito.

En los términos en que el reproche está propuesto, es claro que equivoca la vía de ataque, porque las nulidades son por antonomasia errores in procedendo, es decir, errores de actividad procesal, de procedimiento, y lo que aquí se está planteando es un error in iudicando, o de juicio, que se presenta cuando el juzgador, al resolver el caso, se equivoca en la aplicación o interpretación del derecho sustancial.

Lo anterior, porque lo alegado por la demandante es que la conducta es atípica, es decir, que no se ubica en ningún tipo penal, y que el tribunal desconoció los principios de legalidad y tipicidad al condenar por un delito que no se estructura, ataque que se orienta a cuestionar la actividad in iudicando, o de impartición del derecho sustancial, no la actividad in procedendo, como lo entiende equivocadamente la recurrente.

Esto exigía acudir a la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, que habilita la casación cuando el juzgador se equivoca en la labor de aplicar o interpretar el



derecho material, la que a su vez prevé dos vías de ataque, la directa y la indirecta, según el error se presente en el ámbito del razonamiento estrictamente jurídico, o en la apreciación de las pruebas.

Adicionalmente a estos desatinos de fundamentación, la censura resulta infundada, porque el hecho que se destaca para sustentarla, consistente en que el procesado no se hallaba vinculado al Seguro Social a través de un acto administrativo, sino mediante un contrato de prestación de servicios, no lo ubica, de suyo, por fuera del ámbito de acción de los artículos 20 del Código Penal y 56 de la Ley 80 de 1993.

La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en sostener que cuando el contrato estatal, cualquiera que sea, transfiere al contratista particular el ejercicio temporal de una función pública, éste se equipara, por extensión, a un servidor público, y asume las responsabilidades propias de tal condición, acorde con lo dispuesto en los artículos 20 del Código Penal y 56 de la Ley 80 de 1993, y en la sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 1998.

En sus innumerables pronunciamientos sobre el tema ha explicado que lo que transfiere al particular la condición de servidor público no es el vínculo contractual, sino la naturaleza de la función que le es asignada, la cual tiene



que ser pública, entendida por tal la que se inscribe en el ejercicio de la prestación de un servicio a cargo del Estado (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, casación 27477; CSJ AP, 30 de octubre de 2008, colisión 30720; CSJ SP, 14 de diciembre de 2011, casación 35121; CSJ AP, 29 de agosto de 2012, casación 38695; CSJ SP7759-2014, 18 de junio de 2014, casación 41406; CSJ SP12019-2015, 9 de septiembre de 2015, casación 45898, entre otras).

En el caso que se analiza, se tiene que ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ fue vinculado a la Clínica Centro del Instituto del Instituto de Seguros Sociales Seccional Atlántico mediante un contrato de prestación de servicios personales, como Técnico de Servicios Administrativos, donde adquiriría, además de otras obligaciones, la de realizar las gestiones profesionales o las actividades encomendadas, responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por el Instituto para la ejecución de las actividades convenidas, y colaborar con la entidad en el logro de sus fines.

La investigación demostró que el procesado laboró inicialmente en el Programa de Atención Domiciliaria, y que a partir del año 1998 fue asignado al almacén de la clínica, en condición de administrador del mismo, con atribuciones de control, manejo y custodia de los bienes que la entidad recibía y distribuía para la prestación de los servicios de



salud que debía cumplir, cargo en cuyo desempeño se presentaron los hechos que son objeto de juzgamiento.

Esto, sumado a la consideración que dentro las funciones desarrolladas por el Instituto de Seguros Sociales como empresa del Estado se hallaba la prestación del servicio de salud a sus afiliados, y que las labores que ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ ejecutaba hacían parte del conjunto de actividades que la entidad debía atender para el cumplimiento de los referidos fines, no dejan duda en cuanto a que el procesado cumplía funciones públicas, y que ostentaba, para efectos penales, la condición de servidor público.

Nulidad por no haberse pronunciado el tribunal sobre la solicitud de invalidación del proceso por falta de definición de la situación jurídica.

Este reparo es infundado, porque, como se verá más adelante, cuando se asuma el estudio del cargo cuarto, el tribunal sí se pronunció sobre las nulidades solicitadas. Y además es irrelevante, porque la irregularidad que se denuncia no existió, toda vez que la decisión de la fiscalía de clausurar el ciclo investigativo sin resolver la situación jurídica del procesado, consultaba las tesis acogida por la



jurisprudencia de esta Sala en la decisión del 20 de octubre de 2005, al resolver la antinomia que se presentaba entre los artículos 313.2 y 315 de la Ley 906 de 2004, y el artículo 354 de la Ley 600 de 2000.

Se dijo entonces que la contradicción que se advertía entre los referidos textos normativos debía resolverse privilegiando el principio de libertad personal, y por tanto, que la obligación de resolver la situación jurídica debía entenderse circunscrita a los casos en los cuales el delito por el que se procedía tuviera prevista una pena mínima privativa de la libertad superior a 4 años (CSJ AP, 20 de octubre de 2005, segunda instancia 24152, que la fiscalía expresamente citó; y, CSJ AP, de 20 de junio de 2007, única instancia 19528, entre otras), exigencia que no se cumplía en el presente caso.

Este criterio jurisprudencial se mantuvo inmodificado hasta la entrada en vigencia del artículo 28 de la Ley 1142 de 2007, que reformó el artículo 315 de la Ley 906 de 2004 para establecer que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad solo procedían cuando el delito tuviera pena mínima privativa de la libertad inferior a cuatro (4) años, con el propósito, justamente, de superar la antinomia que se presentaba con el artículo 313 numeral segundo ejusdem.

A partir de este momento quedó claro que la medida de aseguramiento de detención preventiva podía imponerse no solo cuando el delito tuviera pena mínima privativa de la libertad superior a cuatro años, sino también, cuando fuera igual a este monto, y por tanto, que frente al artículo 354 de la Ley 600 de 2000, resultaba necesario, en estos casos, resolver la situación jurídica, hermenéutica que es la que acoge actualmente la doctrina de la Sala (CSJ AP, 4 de marzo de 2009, única instancia 27539; CSJ AP, 22 de abril de 2009, única instancia 26708; CSJ AP881-2014, 26 de febrero de 2014, casación 43234, entre otras).

El argumento adicional de la casacionista, consistente en que se trataba de un concurso de delitos, y que esto obligaba a aumentar la pena mínima en al menos un día, cumpliéndose de esta manera el requisito punitivo para resolver la situación jurídica, responde a un entendimiento equivocado del precepto, porque la pena a la que éste se refiere para efectos de determinar si procede o no la definición de la situación jurídica, es la prevista en la ley, no la que eventualmente pudiera imponerse en la sentencia.

Nulidad por desconocimiento del principio de investigación integral.



La Sala tiene dicho que cuando se plantea este motivo de nulidad no basta afirmar que se presentaron omisiones probatorias en el adelantamiento del proceso, sino que es necesario acreditar que las echadas de menos tenían relevancia probatoria real, o eran trascendentes, debiéndose entender por tales las que tienen la virtualidad de cambiar la visión de los hechos investigados e incidir en la definición del asunto (CSJ SP14476-2015, octubre 21, Cas.44127).

La casacionista, en el desarrollo del ataque, se dedica a ponderar la necesidad de que en el curso de la investigación se hubieran practicado otras pruebas, que en su criterio habrían contribuido a aclarar los hechos, con el argumento de que eran imprescindibles para alcanzar este propósito, pero no explica qué hechos en concreto se probarían con la práctica de cada una de ellas, ni por qué, sin su concurso, no era objetivamente posible justificar una decisión de condena.

Esta forma de argumentar contraviene las directrices lógicas del ataque propuesto, porque la irregularidad no surge del hecho de no haberse agotado todo el universo de posibilidades probatorias que eventual o hipotéticamente pueden plantearse frente a un determinado asunto, sino de haberse dejado de practicar pruebas que por su estrecha relación con el caso tenían la virtualidad de modificar el supuesto fáctico que sirvió de fundamento a la decisión



cuestionada, condiciones que no reúnen las pruebas que se echan de menos.

El ataque, como se recuerda, parte de afirmar que los funcionarios judiciales dejaron de practicar los testimonios de GUSTAVO ENRIQUE GAMARRA SANEZ, persona a quien el acusado dijo haber subcontratado para que le ayudara en el almacén; del contador SANTIAGO ALBERTO MÉNDEZ PERNETT, quien firma la certificación donde se hacen constar los montos del desfase; de la jefe del Departamento de Informática JANETH VARELA MORÓN; y del revisor fiscal. Y que omitieron realizar un balance general con corte a 31 de diciembre de 2001 y un inventario físico.

La importancia del testimonio de GUSTAVO ENRIQUE GAMARRA SÁNEZ se vincula con el hecho de que el procesado, en la indagatoria, después de reconocer que tenía un faltante de elementos y que había falsificado la orden de salida 4355 de 17 de noviembre de 2001 para encubrirlo, señaló tímidamente como posible responsable a GUSTAVO GAMARRA, persona de quien dijo era su ayudante personal, a quien había subcontratado para que lo ayudara en el almacén, y a quien conocía porque había trabajado en el Instituto de Seguro Social en el área de servicio de aseo.³

³ Folios 85-91 del cuaderno original 1.



Con el fin de verificar esta información, la fiscalía indagó en la oficina de Recursos Humanos de los Seguros Sociales y en la firma INSERCOL por la historia laboral de GUSTAVO GAMARRA, y averiguó sobre su presencia en el almacén con funcionarios de la entidad, estableciendo que había laborado en el instituto durante los años 1998 y 1999, inicialmente en el área de aseo con la firma INSERCOL, y después por vinculación directa, en calidad de supernumerario, pero que desde entonces no había vuelto a trabajar en la entidad, y que no era cierto que hubiera estado laborando en el almacén como ayudante personal del procesado durante los años 2001 o 2002.⁴

Esto muestra que la fiscalía sí adelantó gestiones orientadas a verificar las citas del procesado en indagatoria, y que la ausencia de la declaración de GUTAVO GAMARRA no obedeció, como lo plantea la demandante, a la falta de gestión investigativa, sino a que las averiguaciones adelantadas terminaron descartando su presencia en el almacén como ayudante personal del procesado, y también a que la defensa no se interesó en su recaudo, como se establece del estudio de la actuación, de donde surge que ni

⁴ Sobre el punto declaró en el proceso OMAR DE JESÚS TABORDA RAMÍREZ, Subgerente Administrativo de la Clínica por la época de los hechos, quien sostuvo que no conocía a GUSTAVO GAMARA, y que la única persona que trabajaba en el almacén con el señor ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ era ABEL SARABIA, en condición de ayudante, personas que resultaban más que suficientes para el cumplimiento de las labores que allí se adelantaban (fls.111-112 del cuaderno original 1).



en la instrucción, ni en el juicio elevó peticiones en dicho sentido.

En relación con las otras pruebas de índole testimonial que se relacionan como omitidas (del contador, del jefe de la oficina de informática y del revisor fiscal), la casacionista sostiene que eran importantes para que declararan sobre los movimientos contables, los faltantes y sobrantes registrados, la forma como operaba el sistema y otros aspectos de carácter general, sin indicar que hechos en concreto se habrían acreditado con sus dichos, ni por qué estos hechos, de haberse probado, habrían variado el sentido de la decisión.

Esta falta de concreción desatiende el objeto de demostración del ataque, que como ya se indicó, exige probar que los operadores judiciales omitieron verificar hechos puntuales de importancia para la definición del asunto, no que dejaron de practicar pruebas sin resultados concretos, como lo plantea la recurrente, quien pretende que la Corte anule la actuación y le permita allegar pruebas de contenido incierto, o hipotético, a ver qué resulta, lo cual es inaceptable, por no consultar los fundamentos que deben sustentar el reparo, como ya lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades (CSJ SP, 20 de noviembre de 2013, radicado 41192).



Igual sucede con la prueba contable que echa de menos, pues no precisa qué hechos o aspectos específicos, distinto de los constatados a través de los soportes documentales y contables que sirvieron de fundamento al fallo, pueden establecerse con su práctica, ni porqué estos hechos cambiarían las conclusiones sobre la existencia del desfase, ni qué posibilidades de realización tendrían las pruebas que pide practicar (inventario y balances), después del tiempo que ha transcurrido desde la fecha de la ocurrencia de los hechos.

Dígase finalmente, para abundar en razones acerca de la intrascendencia del ataque, que las conclusiones sobre la existencia del desfase no solo se apoyaron en la certificación expedida por el contador SANTIAGO ALBERTO MÉNDEZ PERNETT, sino en otros documentos contables, que hacen parte del proceso, como el resumen de las transacciones realizadas por el almacén en el mes de febrero de 2002; el inventario físico de fecha 27 de febrero de 2002; las órdenes de salida del almacén Nos.4355 de 17 de noviembre de 2001, 4470 de 20 de febrero de 2002 y 4488 de febrero 25 del mismo año, mediante las cuales el procesado pretendió encubrir el desfase; y el informe pericial contable CTI-UEA No.065, de fecha 11 de febrero de 2003, que unidos al reconocimiento que el procesado hizo en su indagatoria de la existencia del faltante, permitían razonablemente afirmar



la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado en el mismo.

Nulidad por desconocimiento del deber de dar respuesta a los cuestionamientos de la apelación.

Sostiene la demandante que el tribunal nada dijo sobre los contenidos del escrito de apelación, relacionados (i) con la violación del principio de investigación integral, (ii) el desconocimiento del principio in dubio pro reo, y (iii) la indebida valoración de la prueba. Y que esta omisión vulneró el derecho de defensa y el debido proceso.

Lo primero que debe decirse en relación con este reproche es que la demandante desatiende las exigencias de claridad y concreción en su fundamentación, como quiera que después de referirse a los aspectos a los cuales el Tribunal supuestamente no aludió, se dedica a cuestionar sus conclusiones probatorias, por considerar que son equivocadas, haciendo de su exposición un discurso difuso, que impide saber si lo denunciado es un vicio in procedendo, o uno in iudicando, o ambos a la vez, ni cuál es el verdadero alcance de la impugnación.

Adicionalmente a esto, el cargo, en los términos que se plantea, contradice el principio de corrección material, que

exige que las afirmaciones que sustentan el ataque consulten la realidad procesal, porque de la revisión de la sentencia se establece que el tribunal sí aludió a las nulidades planteadas por la defensa, y que también analizó la prueba que sustentaba la decisión impugnada,⁵ no siendo cierto, por tanto, como se sostiene, que nada dijo sobre los referidos temas de la impugnación.

Cuestión distinta es que la motivación que acompaña la decisión impugnada no colme las expectativas de la impugnante, o no sea un modelo de suficiencia o solvencia argumentativa, como ciertamente no lo es, pero un ataque por este motivo implicaba demostrar no solo que la fundamentación era deficiente, sino que su precariedad había impedido ejercer eficazmente el derecho de contradicción, condición que la Sala no encuentra estructurada.

Revisado el fallo se advierte que el Tribunal, en el resumen de los fundamentos de la apelación, aludió a los tres aspectos que integraban su contenido, (i) nulidad por no haberse resuelto la situación jurídica, (ii) nulidad por violación del principio de investigación integral, y (iii) errores de apreciación probatoria. Y que en la parte considerativa se ocupó inicialmente de analizar las pruebas allegadas al proceso, para después, apoyado en la evidencia

⁵ Páginas 3, 4, 6, 7 y 8 del fallo.

encontrada, desestimar las críticas realizadas por la defensa a la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia, por considerarlas infundadas,

«Así las cosas, considera la Sala que no le asiste la razón a la recurrente, al afirmar que en la sentencia proferida por el juez de primera instancia no se valoraron las pruebas, pues a juicio de esta corporación, el fallo condenatorio fue el resultado de una valoración de las pruebas aportadas a la actuación, que aun cuando fueron pocas, no por ello puede decirse que no (sic) demostrativas de la responsabilidad de ALEXÁNDEER CUETO en los hechos que se le endilgaron».⁶

Dentro del mismo contexto argumentativo se refirió a lo sostenido por ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ en su indagatoria en el sentido de que el posible responsable del faltante podía ser GUSTAVO GAMARRA, persona a la que había contratado como ayudante, para sostener que sus manifestaciones eran inverosímiles, porque no tenía facultades para subcontratar, ni existían pruebas de la subcontratación, raciocinio con el cual respondía no solo a las críticas realizadas por la apelante a la valoración del mérito de su dicho, sino a las que se hacían por no haber llamado a declarar a dicho sujeto.

Después dio respuesta a las solicitudes de nulidad planteadas por la defensa, es decir, a las que se proponían por no haber sido definida la situación jurídica y por

⁶ Página 8 del fallo del tribunal.

violación del principio de investigación integral (únicas que hacían parte de la impugnación), al sostener que no se evidenciaban, y que la apelante tampoco había acreditado su existencia, argumentación que, aunque escueta, como pasa a verse, permitía conocer el motivo del rechazo y ejercer el derecho a la contradicción,

«Tampoco es de recibo su tesis de la existencia de nulidades que afectan el debido proceso, toda vez que, en primer lugar no se evidencia la presencia de alguna de las causales que puedan darle origen, así como tampoco la defensa indicó y mucho menos las acreditó.

«Recuérdese que la nulidad es un remedio extremo para subsanar falencias procedimentales, por lo tanto que quien la propone, no solo basta con alegar las razones de su inconformidad, también le nace la obligación de entrar a exponer y demostrar en qué causales de nulidades incurre el juez con la decisión adoptada. También tendría que señalar cuáles serían los perjuicios para el proceso o para alguna de las partes, la postura tomada por el funcionario, así como también indicar cuál de los principios que regulan el proceso penal estaría vulnerado con ese planteamiento, lo que se itera, omitió la apelante en este caso».⁷

Las restantes alegaciones de la libelista, orientadas a cuestionar los fundamentos probatorios de la sentencia por no haberse acreditado la tipicidad de la conducta ni su

⁷ Página 8 del fallo del tribunal.



antijuridicidad, no solo se apartan abruptamente del objeto de demostración de la causal alegada, sino de los principios de autonomía, coherencia y no contradicción, que deben presidir la fundamentación del recurso.

Errores de derecho por falsos juicios de legalidad en la apreciación del informe pericial contable.

Esta censura presenta también desaciertos evidentes en su demostración, producto de equivocaciones en el entendimiento del error denunciado, pues se plantea un error de legalidad por desconocimiento de las reglas de producción de la prueba, pero lo que realmente se ataca es la idoneidad de su contenido, por presentar deficiencias en su fundamentación, planteamiento que, de tener sustento, repercutiría en la valoración de su mérito, no en su legalidad.

Concretamente se afirma que la pericia es ilegal porque se efectuó a espaldas de las normas contables y de auditoría, y que aunque la perito asegura en el cuerpo del dictamen que fue realizado de acuerdo con ellas, no indica qué disposiciones consultó, y tampoco solicitó el documento que contiene la falsificación de la firma, ni verificó las salidas no soportadas, ni las salidas del sistema, ni el



resumen de movimientos, ni se informó de otros aspectos necesarios para que la pericia cumpliera las exigencias mínimas de un informe de auditoría.

La doctrina de la Sala ha sido persistente en sostener que una prueba es ilegal cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos requeridos por la normatividad legal para que adquiera validez jurídica, y que el error de derecho por falso juicio de legalidad por este motivo se presenta cuando el juzgador excluye la prueba porque considera que no cumple los requisitos legalmente exigidos, cumpliéndolos, o cuando la valora porque asume que los reúne, no cumpliéndolos.

Los requisitos de formación, producción o aducción son los condicionamientos que por mandato legal deben cumplirse previamente o en el momento de la práctica de la prueba para que ésta pueda nacer a la vida jurídica, o sea formalmente válida, o jurídicamente existente, como ocurre, por ejemplo, con los que exigen orden judicial previa para poder proceder a su práctica, o la presencia del defensor o de ministerio público para su realización, o el concurso de determinadas condiciones logísticas para su cumplimiento.

El ataque propuesto nada tiene que ver con estos requerimientos, porque lo realmente alegado es que la prueba desatiende las regulaciones legales sobre auditoría y



contabilidad, cuestiones que se vinculan con las exigencias de fundamentación, no con los requisitos de formación, cuyo desconocimiento, como es sabido, produce efectos distintos, pues mientras la inobservancia de los últimos afecta la validez de la prueba, la pretermisión de los primeros solo incide en la valoración de su mérito (artículo 257 de la Ley 600 de 2000).

Esto imponía orientar el ataque por la vía del error de hecho por falso raciocinio y demostrar que la pericia desatendía en su fundamentación principios lógicos, postulados técnico científicos o máximas de experiencia, que hacían de sus conclusiones verdades inconsistentes, pero esta tampoco es la ruta demostrativa que sigue la casacionista, y la Sala no advierte que esta clase de errores de hayan presentado.

Sus alegaciones se soportan en la afirmación de que el dictamen es ilegal porque no cumple los derroteros de un informe de auditoría, sin reparar que la perito no fue comisionada para entregar un estudio de esta naturaleza, sino para realizar una pericia contable con fundamento en la información disponible, y que en esta actividad contó con el cuaderno de copias, donde reposaba la documentación



que sirvió de apoyo para su elaboración⁸, como claramente se desprende de la lectura de su contenido.

Esto deja sin piso la otra afirmación que sirve de soporte a la censura, consistente en que la perito sustentó sus conclusiones en lo que le contaron JOSÉ FRANCISCO VILLANUEVA JIMÉNEZ y SANTIAGO ALBERTO PERNETT en la visita que realizó a las oficinas del Instituto de Seguros Sociales de Barranquilla en el mes de febrero de 2003, pues lo que muestra el contenido de la prueba es que el estudio partió de los documentos que se hallaban incorporados al proceso, y que las personas que la perito entrevistó nada distinto aportaron de lo que ya existía en el mismo.

También evidencia la falta de demostración de la censura, pues la casacionista dice que la pericia viola un sinnúmero de normas de contabilidad y auditoría, pero no indica en qué parte concretamente, de los razonamientos que contiene, se presentó el error, ni qué incidencia tuvo en la construcción de sus conclusiones, ni tampoco qué implicaciones probatorias hubiera tenido frente a la decisión de condena, de aceptarse que la perito no era idónea, o que su fundamentación es deficiente, o

⁸ La orden de salida 4355, supuestamente suscrita por CARMEN VICTORIA DE JESÚS BUELVAS ARRIETA; el resumen de movimientos del almacén del mes de febrero de 2002; el inventario físico de entrega del almacén fechado 27 de febrero de 2002; las órdenes de salida 4470 de 20 de febrero de 2002 y 4488 de 26 de febrero del mismo año, y la certificación expedida por el contador el 18 de marzo de 2002, entre otros documentos.



equivocada, o distanciada de las regulaciones o principios técnico científicos.

Decisión

Visto, entonces, que la demanda estudiada no cumple las condiciones mínimas de orden formal ni sustancial exigidas para su selección a estudio, se la inadmitirá a trámite, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen. Pero como se advierte que en la tasación de la pena de multa los juzgadores desconocieron el principio de legalidad, la Sala hará uso de la facultad oficiosa consagrada en el artículo 216 ejusdem para enmendar el error.

Casación oficiosa

El artículo 397 del Código Penal, en su inciso tercero, norma aplicable al caso, dispone que si lo apropiado no supera el valor de los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de



derechos y funciones públicas por el mismo término **y multa equivalente al valor de lo apropiado.**

El juez, al determinar el monto de la apropiación, aseguró que ascendía a la suma de \$7'809.198, que resultan de restar de \$8'812.504, valor de la diferencia advertida, la suma de \$1'003.306, correspondiente al valor de un sobrante detectado,

« [...] se encuentra demostrado dentro del plenario que el valor de lo apropiado por el señor ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ, fue de \$7'809.198 pesos, según lo determinado por el perito MILAGRO GARRIDO en informe de fecha 11 de febrero de 2003.»⁹

No obstante, al dosificar la pena, fijó la multa en ocho millones de pesos (\$8'000.000), excediendo, de esta manera, el monto que legalmente correspondía imponer, razón por la cual, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 216, casará de oficio la sentencia para ajustar dicha pena a los límites legales.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

⁹ Página 36 del cuaderno 2.



RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora de **ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ**.

2. Casar parcialmente, de oficio, la sentencia impugnada, para fijar la pena de multa en siete millones ochocientos nueve mil ciento noventa y ocho pesos (\$7'809.198.00).

Contra esta decisión no proceden recursos

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

