

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta # 10

Bogotá D.C., febrero once (11) de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado LUIS ALBERTO URQUIJO ANCHIQUÉ, contra la sentencia condenatoria que le dictó el Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá y que confirmó el Tribunal Superior de la misma ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. URQUIJO ANCHIQUÉ, abogado de profesión y amigo del Secretario del Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá JAIME ESPINOSA SALAZAR, obtuvo de éste, listos para su cobro, los títulos de depósito judicial K25355031 por \$40.350.000.00, J96052704 por \$130.000.000.00 y K64565542 por \$7.768.761.91, los cuales habían sido constituidos en diferentes procesos por el Banco Popular y los Ministerios de Defensa y Educación, respectivamente. El pago se ordenó hacerlo a favor de JOAQUÍN PABLO RAMOS HERNÁNDEZ, persona completamente ajena a esos asuntos judiciales y a quien el abogado le pidió esa colaboración a cambio de una suma de dinero, abriéndose para el efecto varias cuentas de ahorros a su nombre en la Sucursal Avenida 19 de la Corporación Granahorrar, en las cuales se consignaron e hicieron efectivos los títulos valores así: el 6

de mayo de 1996 el de \$130.000.000.00; el 10 de julio del mismo año el de \$7.768.761.91 y el 25 siguiente el de \$40.350.000.00.

De similar manera resultó cobrado en marzo de 1996 por JUAN CARLOS CALDERA TEJADA, para entonces empleado de URQUIJO ANCHIQUE, el título de depósito judicial por \$9.271.571.94 que se constituyó en el proceso de Benjamín Rodríguez contra el Ministerio de Educación.

2. Al proceso fueron vinculados JAIME HERNÁN ESPINOSA SALAZAR, el Juez Laboral ÁLVARO ANGEL, JOAQUÍN PABLO RAMOS HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS CALDERA TEJADA, JESÚS ALBERTO SEPÚLVEDA LÓPEZ y LUIS ALBERTO URQUIJO ANCHIQUE.

CALDERA TEJADA se sometió a sentencia anticipada.

Al doctor ANGEL le fue precluída la instrucción a través de decisión que confirmó la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia el 28 de julio de 1998. Igual medida se adoptó respecto de SEPÚLVEDA LÓPEZ el 30 de octubre siguiente.

Los demás procesados fueron acusados. ESPINOSA SALAZAR el 20 de noviembre de 1997 (en segunda instancia se confirmó la decisión el 2 de enero de 1998), como coautor de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público. Y URQUIJO ANCHIQUE y RAMOS HERNÁNDEZ, mediante providencia del 30 de octubre de 1998, respectivamente como coautor y cómplice de peculado por apropiación en concurso homogéneo. Este pronunciamiento fue recurrido en apelación por el defensor de URQUIJO y la segunda instancia, a través de la resolución del 22 de abril de 1999, se abstuvo de desatar la impugnación por falta de sustentación.

3. CALDERA TEJADA, de acuerdo con el fallo que dictó el Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá el 2 de septiembre de 1998, fue condenado a 20 meses de prisión, interdicción de

derechos y funciones públicas por el mismo término, multa de \$9.271.571.94 y al pago de la misma suma al Ministerio de Educación, por concepto de perjuicios materiales, al ser hallado cómplice responsable del delito de peculado por apropiación.

ESPINOSA SALAZAR, a quien se le cerró parcialmente la investigación y se juzgó en proceso separado, fue condenado por el mismo despacho judicial el 16 de julio de 1998 a 98 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, multa de \$178.118.761.91 y al pago de los perjuicios causados con los 3 peculados por apropiación a los cuales se limitó el proceso, al ser encontrado autor responsable de los cargos que se le formularon en la acusación.

4. Tramitado el juicio respecto de los procesados URQUIJO ANCHIQUE y RAMOS HERNÁNDEZ, el Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de noviembre de 1999, condenó al primero a 92 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, multa de \$178.118.761.81 y prohibición del ejercicio de la abogacía durante 5 años, al hallarlo responsable en calidad de determinador de los peculados por apropiación de los cuales había sido acusado. Al segundo, en calidad de cómplice, le impuso 42 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por ese lapso y la misma multa que al anterior. A los dos, a la vez, los condenó solidariamente al pago en concreto de los perjuicios causados con las infracciones. Y,

5. La defensora de LUIS ALBERTO URQUIJO ANCHIQUE apeló esa sentencia y el Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 16 de mayo de 2000 y en el cual introdujo de oficio la modificación consistente en fijar como pena privativa de la libertad a JOAQUÍN PABLO RAMOS 28 meses de prisión, lo confirmó en lo demás.

LA DEMANDA:

Expresa la defensa en el único cargo que plantea en contra de la sentencia, que el juzgador violó directamente la ley sustancial al imputarle al procesado el delito de peculado por apropiación y no el de estafa. El primero exige que el infractor sea funcionario público y de tal calidad carecía URQUIJO ANCHIQUE, quien no podía entonces responder por ese delito “ni como cómplice, autor, coautor o circunstancia similar”.

Transcribe la demandante algunos apartes de los fallos de instancia relativos a la posibilidad de que un particular participe en un delito de sujeto activo cualificado y afirma que el pensamiento jurisprudencial allí anotado alude al evento de que quien no es servidor público promueva un peculado “pero por su falta de funcionario claro es que no puede responder como tal vez por otro comportamiento que por su condición así lo amerite” (sic).

Aduce, de otra parte, que no se demostró que su representado haya determinado a un funcionario público a cometer peculado, sino al particular JOAQUÍN RAMOS HERNÁNDEZ. Resalta que el Tribunal se refirió a la estrecha relación que de años atrás tenía el abogado con el secretario del Juzgado Laboral, con quien “se puso de acuerdo” para apropiarse del valor de los títulos, resultando un error afirmar que lo aconsejó o instigó e igualmente que incurrió en el cargo por el cual fue declarado responsable.

Agrega que para que tenga lugar la posibilidad admitida por la jurisprudencia de que un particular incurra en un delito de sujeto activo cualificado, se debe demostrar que “coaccionó” al funcionario público y ello no ocurrió en el presente caso porque URQUIJO y ESPINOZA SALAZAR eran amigos y actuaron de común acuerdo. El delito que se presentó, entonces, fue el de estafa y no el de peculado.

Solicita, en conclusión, que se case la sentencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

1. Estima el Delegado, en primer lugar, que la demanda presenta errores técnicos que le impiden a la Corte considerarla. De un lado, acude la recurrente a la violación directa de la ley sustancial y discute los aspectos probatorios del fallo, y, de otro, en cuanto lo que en realidad plantea es que se erró en la acusación al calificar jurídicamente la conducta imputada, ha debido sustentar el cargo en la causal 3ª de casación y desarrollarlo con apego a la lógica de la 1ª, tal y como lo ha señalada la jurisprudencia de la Sala.

2. Anota el Ministerio Público, no obstante lo anterior, que aunque en los denominados delitos de infracción de deber es necesario que el autor y el coautor tengan “la cualificación jurídica de derecho público prevista en el tipo penal”, no ocurre lo mismo —ni en el Código Penal de 1980 ni en el actual— con las demás personas que intervienen en la realización del delito, no vinculadas con el deber jurídico institucional propio del tipo penal.

En el presente caso, si bien es cierto el Tribunal se refirió a LUIS ALBERTO URQUIJO ANCHIQUE como autor en la página 13 de la sentencia, quizás llevado por antiguas jurisprudencias de la Corte en las que se señalaba que el Código Penal había optado por un concepto amplio de autoría, comprensivo de las nociones de determinador y autor material¹, también lo es que quedó claro en el pronunciamiento que la forma de intervención en la conducta punible que se le atribuyó fue la de determinador. Y no era necesario bajo tal circunstancia que el procesado fuera servidor público para poder responder por el delito de peculado por apropiación, del cual fue autor JAIME ESPINOSA SALAZAR, como claramente fue expuesto por el Juzgado de primera instancia.

3. La defensa, por último, aparte de que no desarrolla una exposición clara, lógica y completa al oponerse a la atribución de esa forma de participación, “parece desconocer los diversos mecanismos mediante los cuales se puede determinar a otra persona a la realización de una conducta punible para quedarse únicamente con la

coacción, la cual, para buena parte de la doctrina, apunta más a la autoría mediata que a la instigación". En todo caso, dice finalmente el Procurador, el acuerdo no es extraño a la determinación, pues siempre habrá uno con el determinado que permite la responsabilidad de ambos, ya que de lo contrario habría autoría mediata.

Su solicitud es, pues, que no se case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La indebida calificación jurídica de los hechos, como lo ha dicho la Sala2

, se origina en un error de juicio del funcionario judicial al momento de proferir la acusación y repercute en la estructura procesal en aquellas eventualidades en las que no hay lugar a dictar sentencia de reemplazo. Cuando así sucede, el remedio del error implica regresar la actuación a la diligencia de audiencia pública cuando pueda allí variarse la calificación jurídico provisional de la conducta, o al momento del cierre de la investigación cuando el error determina un cambio de competencia, en los casos en que la misma no se pueda prorrogar en los términos del artículo 415 del Código de Procedimiento penal.

Dicha irregularidad, entonces, en cuanto supone una afectación del debido proceso que sólo puede remediarse a través del mecanismo de la nulidad procesal, tiene que plantearse en casación al amparo de la causal 3ª, aunque acudiendo para su fundamentación a la lógica de la causal 1ª, pues, como se dijo, el vicio se origina en un error de juicio o in iudicando del funcionario judicial.

Es necesario, por lo tanto, que el demandante concrete si se trata de un yerro jurídico el que condujo a efectuar la equivocada adecuación típica del hecho, caso en el cual es su deber señalar la razón por la cual es incorrecta la selección de las normas aplicadas al caso específico, conforme a las directrices que regulan la violación directa de la ley

sustancial.

Pero si lo que sostiene es que la indebida calificación se produjo como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas, debe determinar si ella ocurrió a causa de un error de hecho o de derecho, el cual debe precisar y demostrar que es trascendente.

2. Si el parecer de la defensora es que no podía imputársele a su representado la conducta punible de peculado por apropiación, sino la de estafa, no cabe duda que alude a ese tipo de equivocación. Pero además de que no acertó en la selección de la causal de casación en la cual apoyó el cargo, no demostró la violación directa de la ley sustancial enunciada.

Si se tiene en cuenta que le estaba vedado discutir el aspecto probatorio de la sentencia, el desarrollo lógico del cargo debía estar en la línea de acreditar que los hechos que declaró probados el juzgador se adecuaban al tipo de estafa. Pero no hizo nada parecido. Le bastó con señalar, en un comienzo, que ese fue el delito cometido y la razón que aportó es que no se le podía imputar a su representado el peculado a ningún título, porque no ostentaba la condición de servidor público.

Aparte de que descartar la estructuración del peculado no evidencia automáticamente la existencia de la estafa, es equivocado el juicio jurídico empleado para negar la posibilidad de atribuirle al procesado, a “cualquier” título, el atentado contra la administración pública.

2.1. Frente al Código Penal de 1980, la jurisprudencia de la Sala se refirió en varias oportunidades a la coparticipación criminal en delitos especiales o de sujeto activo cualificado y, aunque no siempre unánimes, arribó a las siguientes conclusiones:

* Sólo puede ser autor quien ostente la calidad prevista en el tipo penal, en cuanto es el único que puede realizar materialmente la conducta típica.

* Las personas que no tengan la calidad exigida en la ley para el autor pueden responder de un delito especial sólo en calidad de cómplices o determinadores, en consideración a que en ninguno de esos roles realizan materialmente la conducta³.

De cara al Código Penal de 2000, al fijar la Corte los alcances de la noción de interviniente a que alude su artículo 30, el tema ha sido abordado en las sentencias de abril 25 de 2002⁴ y de julio 8 de 2003⁵. Se dijo en la primera:

“El interviniente no es (...) un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”.

En el segundo pronunciamiento, en el cual la Sala reexaminó la noción de interviniente, modificó su entendimiento sobre la figura en el contexto del artículo 30 del Código Penal, en los siguientes términos:

“... bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30 (...).

(...)

“...cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”.

2.2. Como puede verse claramente en el punto que interesa, frente a los Códigos Penales derogado y vigente el determinador y el cómplice de un delito especial no requieren para responder de él de la cualificación del sujeto activo prevista en el correspondiente tipo penal.

Así, pues, si se tiene en cuenta que el procesado LUIS ALBERTO URQUIJO ANCHIQUE, particular, fue condenado como determinador del delito de peculado por apropiación

cometido por JAIME HERNÁN ESPINOSA SALAZAR, servidor público, es claro que el Tribunal no incurrió por esa razón en el error jurídico señalado por la casacionista, pues para poder responder a ese título de participación no era necesario que ostentara la cualificación del sujeto activo exigida en el artículo 133 del Código Penal de 1980.

3. El resto de la censura no guarda la coherencia, claridad y precisión a que debe ceñirse una propuesta en casación.

Si la idea inicial de la recurrente es que a URQUIJO ANCHIQUE no se le podía imputar a ningún título el peculado por la razón ya señalada, es contradictorio que a renglón seguido, a partir de la posibilidad admitida en los fallos de que se puede participar como determinador (o cómplice) en un delito de sujeto activo cualificado sin contar con la calidad exigida en la ley, de la cual había disentido en un comienzo calificándola de errónea, proceda a señalar ahora que no se encuentra demostrado que su representado determinó al Secretario del Juzgado Laboral “a sacar unos títulos o valores”, o -lo que es lo mismo— que lo inclinó a cometer el delito de peculado.

Un particular puede responder del delito de peculado, según dice la casacionista en desarrollo de lo anterior, si se acredita que coaccionó al servidor público, circunstancia ésta que no se presentó en el caso estudiado porque URQUIJO y el Secretario eran amigos desde hacía mucho tiempo y porque, de acuerdo con los juzgadores, actuaron de común acuerdo.

No solamente el anterior argumento incursiona en el campo de la apreciación probatoria, marginal como se sabe a la violación directa de la ley, sino que su contenido jurídico es equivocado, como lo observa el Procurador. Se puede determinar a una persona a realizar una conducta punible, en efecto, no sólo a través de la coacción, como lo entiende la impugnante, sino de otras múltiples maneras como el mandato, el consejo, la

inducción, la orden, el convenio o, en fin, de cualquier medio que haga surgir en el autor la decisión de realizar el hecho y de los cuales no se encuentra excluida la posibilidad de que éste y el determinador sean amigos o se pongan de acuerdo sobre el itinerario criminal.

La censura, en conclusión, no logra concretar ningún error del juzgador y en esas circunstancias no puede prosperar. Por ende, no se casará la sentencia, de acuerdo a como lo solicita el representante del Ministerio Público.

4. Debe señalarse, para finalizar, que la eventual aplicación del principio de favorabilidad por la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, es competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivo.

A 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:

NO CASAR la sentencia recurrida, expedida por el Tribunal Superior de Bogotá el 16 de mayo de 2000.

En contra de la presente decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aclaración de voto

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
PORTILLA

MAURO SOLARTE

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 . CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sent. Casación, Jul. 12 de 1989, M.P., Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME.

2. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sent. Casación - 16.413, Mar. 6 de 2003, M.P., Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

3 . Cfr., entre otras, las siguientes: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sent. Casación, Jun. 3 de 1983, M.P., Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO; Auto Única Instancia - 8.862, Dic. 16 de 1997, M.P., Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; Sent. Casación - 12-012, Abr. 3 de 2000, M.P., Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA.

4 . Casación 12.191, M.P., Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR.

5 . Casación 20.704, M.P., Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.