

Proceso No 19016

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 072

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil cuatro (2004).

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, el 12 de febrero de 2001, en la que al confirmar la del Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 15 de julio de 1999, condenó, entre otros, a DULIS ESCOBAR LOZANO a las penas principales de 14 años de prisión y multa equivalente a \$2.039.024.950 y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como determinador de los delitos de peculado por apropiación agravado, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público.

H E C H O S

El Procurador Delegado los resumió en los siguientes términos:

“Con ocasión de la denuncia presentada por los jueces laborales de la ciudad de Santa Marta, la fiscalía pudo establecer que tras haberse dispuesto, mediante la Ley 1ª de 1991

y el Decreto 036 de 1996, la creación del Fondo Pasivo de Puertos de Colombia, FONCOLPUERTOS, con el objeto de asumir el pasivo laboral de la extinta empresa de Puertos de Colombia, algunos de sus directivos, extrabajadores y abogados se dieron a la tarea de obtener el reconocimiento y pago de millonarias indemnizaciones por concepto de horas extras, dominicales y festivos que jamás se habían causado.

“Entre las muchas personas que fueron vinculadas a la investigación por los hechos, están los abogados José León Lubo Noche y DULIS ESCOBAR LOZANO, quienes en representación de un numeroso grupo de extrabajadores de la empresa liquidada, obtuvieron el reconocimiento y pago de importantes sumas de dinero, no obstante que las reclamaciones las hicieron sin el lleno de los requisitos legales, ni el respaldo probatorio que soportara las pretensiones demandadas.

“Lubo Noche recibió en Santa Marta los poderes de los extrabajadores y obtuvo de los funcionarios de FONCOLPUERTOS de esa ciudad las certificaciones en las que falsamente se indicaba que aquellos habían laborado horas extras, dominicales y festivos.

Posteriormente le sustituyó los mandatos al doctor ESCOBAR LOZANO, quien sería el encargado de presentar las reclamaciones administrativas en la ciudad de Bogotá, conciliar con los directivos del Fondo y finalmente lograr que se expidieran los actos administrativos que reconocían los pagos de las acreencias laborales ilegítimamente reclamadas.

“ESCOBAR LOZANO, una vez obtuvo el desembolso de las conciliaciones, viajó a Santa Marta a pagar con cheques de su cuenta personal del Banco Ganadero de esa ciudad a los poderdantes, a quienes les descontó un diez y quince por ciento, adicional al cincuenta por ciento que habían pactado con Lubo Noche, con el argumento de que ‘había que hacer otros cuadros en Bogotá’ y que ‘hicieran de cuenta que se habían ganado la lotería’.

“Los Jueces de instancia hicieron una relación de los pagos obtenidos por los procesados, así:

‘1) La suma diecisiete millones ciento diecisiete mil, doscientos ocho pesos (\$17.117.208,00), mediante la Resolución N° 447 de marzo ocho (8) de 1995.

‘2) La suma de veintidós millones ochocientos treinta y cuatro mil dieciséis pesos (\$22.834.016,00), mediante Resolución N° 448 de marzo 8 de 1995.

‘3) La suma de trescientos cincuenta y siete millones quinientos sesenta y un mil trescientos cincuenta y un pesos (\$357.561.351,00), mediante Resolución N° 1275 A de junio 12 de 1995.

‘4) La suma de mil seiscientos cuarenta y un millones, quinientos doce mil trescientos setenta y cinco pesos (\$1.641.512.375,00), mediante la resolución N° 239 de febrero 6 de 1996.

‘En total los abogados DULIS ESCOBAR LOZANO y JOSÉ LEÓN LUBO NOCHE recibieron por parte de FONCOLPUERTOS, la suma de dos mil treinta y nueve millones, veinticuatro mil novecientos cincuenta pesos (\$2.039.024.950,00), a través de las diferentes reclamaciones que presentaron en representación de un grueso número de extrabajadores de la extinta empresa Puertos de Colombia, por concepto de horas extras, domingo y festivos’”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Iniciada la correspondiente instrucción, el Director Seccional de Fiscalías designó a los Fiscales 1° y 13 del Grupo de Administración Pública, Unidad Segunda Especializada de Santa Marta para que continuaran conociendo de la actuación, funcionarios que vincularon mediante indagatoria, entre otros, a José León Lubo Noche y DULIS ESCOBAR LOZANO.

El 7 de febrero de 1997, se les resolvió la situación jurídica a los citados procesados por la Fiscal 213 de la Sub Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de Bogotá, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público.

Cerrada la investigación, el citado despacho judicial, el 4 de agosto de 1997, profirió resolución de acusación en contra de José León Lubo Noche y DULIS ESCOBAR LOZANO, como determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público. Igualmente precluyó la investigación a otras personas.

El expediente pasó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta que, luego de tramitar el juicio, el 15 de julio de 1999, condeno a José León Lubo Noche y a DULIS ESCOBAR LOZANO a las penas principales de 14 años de prisión y multa equivalente a \$2.039.024.950, como determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público. Así mismo, les impuso como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años.

Apelado el fallo por los defensores, el Tribunal Superior de Santa Marta, el 12 de febrero de 2001, lo confirmó en su integridad.

Débase igualmente aclarar que la Sala, mediante providencia del 8 de marzo de 2004, declaró la extinción de la acción penal por razón de la prescripción respecto de los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, lo que se cumplió el 12 de septiembre de 2002.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Único cargo

El defensor de DULIS ESCOBAR LOZANO, al amparo de causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado de manera indirecta la ley sustancial, por error de hecho “DERIVADO DE INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA PRUEBA, AL NEGÁRSELE A ESTA EL CONTENIDO DISCULPANTE QUE A FAVOR DEL PROCESADO TIENE, Y A LA VEZ, AL SUPONERSE EXISTENCIA DE PRUEBA INCULPANTE...”, yerro que, a su juicio, condujo a predicar que su defendido fue determinador de los delitos por los cuales fue condenado.

Acota que dicho error de apreciación probatoria fue determinado por un falso juicio de existencia, desconociéndose lo reglado en los artículos 246, 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal. Como preceptos vulnerados, de manera indirecta, cita los artículos 133, 149 y 219 del Código Penal.

Luego de insistir que el juzgador supuso la prueba de la responsabilidad de su representado, recuerda que la determinación constituye una forma de participación, para lo cual cita el artículo 23 del Código Penal, una jurisprudencia de la Sala y unos doctrinantes.

Así mismo, dice que entre su defendido y los señores Nicolás Alberto Daniels y Antonio Villarreal, funcionarios de Foncolpuertos no existió ningún tipo de amistad. De igual manera, asegura que un grupo de extrabajadores de esa empresa, los que cita, “entregaron el poder para las reclamaciones pertinentes en la ciudad de SANTA MARTA, directamente al DR. JOSÉ LEÓN LUBO NOCHE, como se establece no solamente con la copia de tales poderes, sino con la declaración de los mismos beneficiarios”.

Por consiguiente, afirma que la prueba enseña que su defendido no recibió el mandato de manera directa, sino que le fue sustituido, cuando el trámite fue enviado de Santa Marta a Bogotá.

Dice que cuando Escobar Lozano aceptó la sustitución del poder los documentos tildados de falsos ya habían sido allegados a la actuación, lo que significa "...que al momento de dichas sustituciones YA TODA LA DOCUMENTACIÓN ORIGINADA EN FONCOLPUERTOS SANTA MARTA HABÍA SIDO EXPEDIDA".

Como prueba ignorada dice que en el proceso obran los poderes otorgados por los extrabajadores y que el doctor José León Lubo Noche sustituyó algunos de ellos a su protegido en la ciudad de Bogotá, lo que se encuentra corroborado con la indagatoria de éste, para lo cual copia un breve fragmento de la misma.

A continuación insiste que los extrabajadores le dieron poder al otro coprocesado, "quien se encargó de obtener la documentación respectiva merced a la amistad que tenía con funcionarios de FONCOLPUERTOS SANTA MARTA, y que al Doctor DULIS ESCOBAR LOZANO solamente lo vieron cuando, luego de su actuación como abogado sustituto se hizo presente en Santa Marta para entregarles el dinero recibido".

Después de resaltar algunos fragmentos de las declaraciones de Luis Alfonso Miranda Pérez, Gilberto Guerrero Henriquez, Reginaldo Díaz Granados Lara, Ernesto Antonio Ibáñez Guerrero y Julio César Bermúdez Pardo y de reiterar lo expuesto, sostiene que la prueba en precedencia reseñada indica que su defendido no podía ser determinante "de las falsedades, prevaricatos y peculados cometidos por los servidores públicos...".

Se pregunta "si los poderes fueron recibidos por el abogado JOSÉ LEÓN LUBO NOCHE y fue él quien obtuvo la documentación necesaria para fundamentar las reliquidaciones, hechos consumados con antelación al momento en el cual SUSTITUYÓ tales poderes al Dr. DULIS ESCOBAR LOZANO, quien a su recibo los encontró CON TODA LA DOCUMENTACIÓN COMPLETA, cómo puede entonces afirmarse que mi representado DETERMINÓ A LOS FUNCIONARIOS PARA COMETER FALSEDADES EN UNOS DOCUMENTOS QUE AL

RECIBO DE LAS SUSTITUCIONES YA FORMABAN PARTE DE LA RECLAMACIÓN?. Absurdo siquiera pensarlo”.

Agrega que el juzgador, por razón de la omisión probatoria, “no desde el punto de vista formal en el sentido de que hubiera negado su existencia o discutido su producción legal, sino dentro del alcance DISCULPANTE QUE TIENE. No le importó su contenido de convicción, ni entendió que de acuerdo con ella, el señor DULIS ESCOBAR LOZANO JAMÁS PODÍA SER DETERMINADOR DE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS ENDILGADAS”.

Acota que si el sentenciador hubiese sido ponderado como lo exige el análisis de la prueba y los postulados de la sana crítica, habría concluido que Escobar Lozano no podía ser determinador de las conductas punibles por las cuales fue condenado.

En otro punto dice que el juzgador también cometió el falso juicio de existencia al suponer la prueba “sobre hechos que comprometen la participación de DULIS ESCOBAR LOZANO como partícipe DETERMINADOR de las conductas punibles que se dicen consumadas por los servidores públicos”.

A continuación copia un fragmento del fallo, en donde, según el libelista, se supuso la prueba sobre los hechos que le fueron atribuidos a su defendido en calidad de partícipe, habida cuenta que “presumir que por el hecho de que una noticia divulgada en los medios de comunicación el Dr. DULIS ESCOBAR LOZANO –quien además estaba residenciado en la ciudad de Bogotá sabía lo que estaba sucediendo con las certificaciones falsas expedidas por FONCOLPUERTOS SANTA MARTA, es simplemente SUPONER PRUEBA porque lo exige la ley (artículo 81 de la Ley 190 de 1995), es que sea el Estado el que corra con la CARGA DE LA PRUEBA y, en consecuencia, NO SUPONGA SINO QUE PRUEBE QUE EXISTA ESE CONOCIMIENTO”.

De igual manera califica como un acto de suposición probatoria que el juzgador hubiese afirmado que Escobar Lozano se concertó con los funcionarios de Foncolpuertos,

con el abogado Lubo Noche y con los extrabajadores para cometer las conductas punibles por las que fue condenado.

Enseguida nuevamente dice que el juzgador supuso la prueba de la participación de su defendido, para lo cual copia otro fragmento del fallo; y dice que en este evento el juzgador no solo supuso la “participación determinante de DULIS ESCOBAR en los hechos, sino que además llega a insinuar ilegalmente suponiendo prueba, que existió ofrecimiento de dinero por parte de ESCOBAR LOZANO. Que posición tan alejada de la fidelidad al contenido procesal por parte de los falladores de instancia”.

Así mismo, acota que se supuso que las transacciones realizadas en la ciudad de Bogotá fueron arregladas para los fines propuestos. Después de transcribir otras porciones del fallo atacado, opina que no comparte las conclusiones del juzgador en torno a la responsabilidad de su defendido, erigiéndose el falso juicio de existencia, máxime cuando se “adhirió” la conducta de su defendido con la de Lubo Noche, “creando una extraña circulación del dolo para comprometer una responsabilidad inexistente”.

En el acápite de las “CONCLUSIONES” procede a sintetizar lo expuesto y a manifestar que el juzgador no valoró la prueba producida “y no hubiese ignorado su contenido disculpante, hubiera llegado a la más lógica y jurídica de las conclusiones: SI EL DOCTOR DULIS ESCOBAR LOZANO AL RECIBIR LAS SUSTITUCIONES DE LOS PODERES ENCONTRÓ TODA LA DOCUMENTACIÓN ADJUNTA, POR SIMPLE REGLA DE SINDÉRESIS, ÉL NO PIDÍA HABER DETERMINADO A NADIE A SU EXPEDICIÓN”.

De otro lado, señala que el juzgador igualmente supuso elementos de juicio para concluir en la responsabilidad de su representado, puesto que da por demostrado que Dulis Escobar Lozano sabía de la existencia de la documentación falsa, que actuó en connivencia con el otro coprocesado, que participó como determinador y que acudió “al

‘interés dinerario’ con la entrega de sumas de dinero a los funcionarios de Foncolpuertos”.

No obstante, a continuación insiste que si el juzgador hubiese apreciado las pruebas con apego a los postulados de la sana crítica “y no hubiese ignorado su capacidad disculpante y, además, se hubiese abstenido de suponer existencia de prueba sobre la responsabilidad de DULIS ESCOBAR LOZANO, la sentencia condenatoria jamás se habría producido”.

Luego de citar las normas inicialmente referenciadas, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, por lo mismo, absolver a su representado de los cargos proferidos en la resolución de acusación.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA PRIMERA

DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

De entrada advierte que el libelista refundió en un solo cargo tres reproches que han debido presentarse de manera separada, habida cuenta que hubo un error del sentenciador por haber aplicado la figura de la determinación, motivo por el cual, en su criterio, debió entonces sustentar el cargo con base en la violación directa de la ley sustancial.

Y si el juzgador supuso o dejó de apreciar unos elementos de juicio, considera que debió esta vez soportar el reproche por los senderos de la violación indirecta.

Así mismo, recuerda que para que la censura tenga éxito es necesario que además de enumerar los elementos de juicio omitidos realice una valoración de conjunto con los demás que obran “en el legajo, a efecto de demostrar que los datos revelados por aquellos tenían la virtud de cambiar el fallo a favor del impugnante”.

De otro lado, estima que el censor inicialmente relaciona unas pruebas que fueron omitidas, pero a renglón seguido reconoce que dicha omisión no ocurrió, puesto que su inconformidad recae en el grado de estimación probatoria que el juzgador le dio a los medios de convicción. Por ello, estima que el censor quiso plantear un falso raciocinio por quebrantamiento de los postulados de la sana crítica.

Del mismo modo, advierte que el censor no señaló cuál fue la prueba que se supuso para inculpar al procesado ni tampoco, como era su deber, la confrontó con las que sirvieron de soporte al juicio de responsabilidad, especialmente en lo atinente a la participación del procesado a título de determinador.

No obstante, dice que al margen de los errores de técnica, no es cierto que los juzgadores hayan ignorado los hechos a los que se refiere el demandante, puesto que del contenido de los fallos, se advierten con claridad cuáles fueron los elementos de juicio en que se sustentaron las consideraciones, en lo relativo a la participación de los procesados.

Es así como explica que si bien es cierto que el coprocesado Lubo Noche fue al que inicialmente se le otorgó poder por parte de los extrabajadores, también lo es que con base en unas certificaciones falsas éste y Escobar Lozano lograron que los directivos de Foncolpuertos, con sede en Bogotá, expidieran los correspondientes actos administrativos, “reconociendo las acreencias laborales ilícitamente reclamadas, y por esta vía obtuvieron el pago efectivo de dos mil treinta y nueve millones veinticuatro mil novecientos cincuenta pesos (\$2039.024.950), en perjuicio del tesoro nacional”.

Destaca que para el sentenciador fue claro que Escobar Lozano una vez que le fueron sustituidos los poderes por parte de Lubo Noche, fue el encargado de presentar las reclamaciones administrativas en Foncolpuertos de la ciudad de Bogotá y concilió con los funcionarios de esta entidad las “llamadas horas

extras, festivos y dominicales”.

Así mismo, prosigue, recibió el cheque por valor de las conciliaciones y luego viajó a la ciudad de Santa Marta a pagar con cheques de su cuenta personal a los extrabajadores, “no sin antes descontarles un diez y quince por ciento, adicional al cincuenta por ciento que habían pactado en los poderes, dizque porque ‘había que hacer otro cuadros en Bogotá’”.

De aquellos hechos debidamente probados, continúa, los juzgadores dedujeron las responsabilidades de los procesados, máxime cuando para éstos el “abogado ESCOBAR LOZANO –pese a no haber recibido directamente los poderes, ni haber tenido relación abierta con los exfuncionarios de Puertos de Colombia-, intervino como determinador de los delitos realizados por los servidores públicos que en Santa Marta expedieron las certificaciones falsas, y en Bogotá ordenaron el pago ilegal de millonarias sumas de dinero, en cuanto ordenaron que su participación criminal, de común acuerdo con el togado Lubo Noche...”.

Por consiguiente, considera que al estar probado que Escobar Lozano fue el encargado de dirigir y orientar en Bogotá las diligencias necesarias para la defraudación, mal puede argumentarse que él no conocía de las irregularidades que se estaban cometiendo con las ilegítimas certificaciones expedidas por los funcionarios de la ciudad de Santa Marta.

Finalmente, destaca que se debe declarar la extinción de la acción penal por razón de la prescripción de las conductas punibles de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, debiéndose redosificar la pena.

Por lo expuesto, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El defensor del procesado Dulis Escobar Lozano, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por error de hecho, por interpretación errónea de la prueba, “AL NEGÁRSELE A ESTA EL CONTENIDO DISCUPLANTE QUE A FAVOR DEL PROCESADO TIENE Y A LA VEZ, AL SUPONER LA EXISTENCIA DE PRUEBA INCULPANTE...”.

Como normas fin violentadas cita los artículos 133, 149 y 219 del Código Penal,

2. Es verdad como lo destaca la Procuradora Delegada, el cargo carece de la debida técnica y de razón, motivo por el cual no está llamado a prosperar. Veamos:

En lo relativo a las normas que estima como infringidas, además de que no dio las razones jurídicas de su vulneración, tampoco señaló su sentido, es decir, exclusión evidente o aplicación indebida.

Respecto a la formulación de la censura, es verdad que el libelista desconoce el concepto de error de hecho y los falsos juicios que lo determinan, pues lo mezcla de manera indebida, poniendo en evidencia su inseguridad al formular la censura.

Ante todo recuérdese que el error de hecho, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, consiste en la incongruencia entre la prueba que existe y no existe y la idea contraria del juez. En otros términos, “el error de hecho en materia probatoria subyace una actitud frente a lo descriptivo, en el sentido de que se transgrede la información suministrada por la prueba o se finge la que ella puede suministrar”¹.

Ese error de hecho lo generan tres falsos juicios, a saber:

a) Falso juicio de existencia, según el cual, el juzgador, al momento de valorar individual y mancomunadamente las pruebas, supone un medio de convicción que no obra en el diligenciamiento o excluye uno, los que tenían la aptitud suficiente para probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión absolutoria o de condena.

b) Falso juicio de identidad, en el que incurre el sentenciador cuando en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión por parte del contenido material del medio probatorio, bien por que se le coloca a decir lo que su texto no encierra o haciéndole expresar lo que objetivamente no demuestra.

c) Falso raciocinio, cuando el juzgador se aparta, al momento de valorar los elementos de juicio, de los postulados de la sana crítica, es decir, de las leyes de la lógica, de la ciencia o de las máximas de la experiencia.

Por consiguiente, no resulta atinado afirmar que el juzgador en la actividad probatoria no tuvo en cuenta plurales elementos de juicio y a renglón seguido sostenga que sí fueron objeto de apreciación pero en lo que perjudicaba al procesado, puesto que se estaría vulnerando el principio de no contradicción, al plantearse, de manera simultánea un falso juicio de existencia por omisión y un falso juicio de identidad, toda vez que, como también lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala, cuando se valora un medio de prueba de manera parcial, al punto que se distorsiona su contenido material se estaría en presencia del último falso juicio citado.

Del mismo modo, el actor si consideraba que el sentenciador al momento de apreciar los distintos elementos de juicio vulneró los postulados de la sana crítica, al punto que lo llevó a declarar una verdad distinta de la que revela el proceso, por cuanto no fue ponderado en el análisis de la prueba como lo exige las citadas reglas de valoración,

ha debido de fundar el reproche por los senderos del error de hecho por falso raciocinio, señalando cuál fue el principio de la lógica, de la ciencia o de la máxima de la experiencia quebrantado, de qué manera lo fue y su incidencia en la parte dispositiva de la sentencia, labor que tampoco emprendió el libelista.

El actor, como si la casación fuese una tercera instancia, procede a confrontar su personal apreciación de las pruebas con la del juzgador, habida cuenta que, en su criterio, del acervo probatorio no se infiere que Escobar Lozano hubiese sido determinador de las conductas por las que fue condenado, olvidando que la simple discrepancia de criterios no constituye yerro demandable en casación, pues, además de que la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, el juzgador goza de libertad para justipreciarlas, sólo limitado por las reglas de la sana crítica.

En efecto, el censor hizo consistir el discurso argumentativo en que el juzgador hizo caso omiso a que los poderes para la reclamación prestacional no le fueron otorgados a él sino al otro coprocesado, que éste se los sustituyó y que cuando comenzó a ejercer como litigante ya los documentos tildados de falsos habían sido presentados como soporte de las peticiones, hechos que encuentran el debido respaldo probatorio, sin que en manera alguna evidencie en qué consistió el error en la apreciación de la prueba y menos su transcendencia frente a las conclusiones del fallo.

Finalmente, en lo relativo al error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, toda vez que, en su opinión, los hechos sobre los cuales se edificó el grado de participación del procesado no tienen el debido soporte probatorio, no relacionó, como era su deber, cuáles fueron los medios de convicción supuestos por el juzgador a fin de deducir la calidad de determinador de Escobar Lozano en los delitos por los cuales fue condenado.

Y no los podía enlistar por cuanto la fundamentación del reparo la centró en discutir

las inferencias a que arribaron los juzgadores, luego del análisis individual y mancomunado de los elementos de juicio. En otras palabras, el casacionista, amparado en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de pruebas, pretende cuestionar los juicios de los sentenciadores, en lo atinente a la calidad de determinadores de los procesados en los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público.

Del mismo modo, a fin de sacar adelante la pretensión procedió a transcribir varias porciones del fallo atacado y a sostener que en los análisis realizados dentro de la actividad probatoria, el juzgador “presumió”, supuso la prueba, que al Estado le corresponde “la carga de la prueba”, que insinuó “ilegalmente suponiendo prueba”, etc, sin que de su argumentación se advierta un error y menos su trascendencia en las decisiones adoptadas en la sentencia impugnada.

3. Tampoco le asiste la razón, por cuanto, como lo destaca igualmente la Procuradora Delegada, los razonamientos de los juzgadores encuentran debido soporte probatorio, precisamente en la prueba documental y testimonial que el censor echa de menos.

En efecto, como se adujo en los fallos de instancia, los que forman una unidad inescindible, si bien es cierto que fue al otro coprocesado que, en calidad de abogado, le otorgaron poder para reclamar las prestaciones sociales ante la entidad defraudada, siendo igualmente el que allegó al trámite de liquidación las constancias falsas, según las cuales los mandatarios habían laborado horas extras, dominicales y festivos, también lo es que, dentro de la actividad delictual concertada, a Escobar Lozano, una vez que le fueron sustituidos los mandatos, le correspondió presentar las reclamaciones administrativas y conciliarlas ante los directivos del Fondo Pasivo de Puertos de Colombia con sede en Bogotá, los que profirieron los correspondientes actos administrativos, reconociendo esas acreencias laborales por valor de \$2.039.024.950,00, en perjuicio del tesoro nacional.

Además, obtenido el pago de Foncolpuertos, viajó a la ciudad de Santa Marta a pagar con cheques de su cuenta personal a los extrabajadores, no sin antes descontarles un diez y quince por ciento, adicional al cincuenta por ciento que había pactado a la firma de los poderes, dizque porque “había que hacer otros cuadros en Bogotá”.

En esas condiciones, resulta evidente y claro para la Sala que si bien el procesado no ejecutó los actos materiales para la obtención del resultado final, de todos modos, ejerció una influencia determinante en los funcionarios públicos encargados de materializar las conductas punibles descritas en los tipos penales por los que fue condenado, haciéndolo determinante de las mismas.

Por consiguiente, el cargo no tiene vocación de éxito.

ACOTACIÓN FINAL

1. Como quedó reseñado en la actuación procesal, la Sala, mediante auto del 8 de marzo del año en curso, declaró la extinción de la acción penal respecto de las conductas punibles de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, motivo por el cual se procederá a redosificar la pena, así:

Recuérdese que la Fiscalía 231 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia, por resolución del 4 de agosto de 1997, calificó el mérito del sumario imputándosele a los procesados Dulis Escobar Lozano y José León Lubo Noche, la comisión del delito de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y sucesivo, esto es, en 4 oportunidades. De igual manera, la citada funcionaria judicial, no le atribuyó ninguna circunstancia genérica de agravación punitiva (hoy de circunstancias de mayor punibilidad), pues, textualmente, adujo:

“Los delitos por los cuales se procede en la presente investigación se encuentran previstos

por el legislador dentro de nuestro ordenamiento penal en el libro primero, Título Tercero, Capítulo Tercero, 'De la participación' artículos 23, 24 y 25.

"Del Libro Segundo, Título Tercero, 'Delitos contra la administración Pública', Capítulo Primero, artículo 133 'Peculado por apropiación' agravado y modificado por la Ley 190 de junio 6 de 1995 y artículo 149 'Prevaricato por acción' modificado igualmente por la mentada ley.

"Título Sexto 'Delitos contra la fe pública', Capítulo Tercero 'De la falsedad en documentos', artículo 219 'Falsedad ideológica' y artículo 222".

Ahora bien, el juzgador de primera instancia, al momento de dosificar la pena por la conducta punible de peculado por apropiación y como delito base para el concurso de conductas punibles, la tasó así: partió del mínimo de pena, esto es, 6 años, guarismo al que le sumó "un año más por la agravante, porque el monto de lo apropiado supera los doscientos (200) salarios mínimos, y como este delito se cometió en concurso homogéneo y sucesivo se incrementa en un (1) año más (por los 3 peculados restantes), lo que hace que por este solo hecho se imponga a los procesados OCHO (8) años de prisión...".

De otro lado, en virtud del tránsito de legislación, observa la Corte que el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, y el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, contempla las mismas penas principales, esto es, de seis (6) a quince (15) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado (aunque la última preceptiva pone un tope máximo de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que no ocurre en este caso, por cuanto el valor del salario mínimo para el año de 1995 era de \$118.933,50) e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad.

De igual manera, como el valor de apropiado supera los 200 salarios mínimos legales mensuales, las dos preceptivas estatuyen que dicha pena se aumentará hasta en la mitad, esto es, que dentro de la discrecionalidad del juzgador los extremos de la punición pueden oscilar entre 6 años 1 día hasta 22 años 6 meses respecto del máximo.

Por consiguiente, a efecto de la individualización de la pena, la Corte no hará modificación alguna, por cuanto teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el nuevo Código Penal la sanción a imponer nunca superaría el cuarto mínimo, esto es, de 10 años un (1) mes y 15 días², tope que no se superó en este caso, habida cuenta que se impuso 7 años por el delito de peculado por apropiación, aumentándose un año en virtud del concurso de peculados, para arrojar un total de 8 años de prisión.

De igual manera, la pena de multa quedará en \$2.039.024.950 que fue el valor de lo apropiado.

2. En lo que respecta a la sanción principal de interdicción de derechos y funciones públicas (hoy inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas), se impondrá como pena principal y por el mismo lapso la sanción privativa de la libertad, pues así está consagrada tanto en el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, como en el artículo 397 del nuevo Código Penal, aspecto en el cual se modificará oficiosamente el fallo, atendiendo al principio de legalidad de la pena y con base en la facultad consagrada en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, pues contrariando el mandato legal, el juzgador de primera instancia y el Tribunal la establecieron como pena accesoria.

3. Al tenor de lo estatuido en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, las consecuencias de este fallo se harán extensivas al procesado José León Lubo Noche.

En definitiva a los procesados Dulis Escobar Lozano y José León Lubo Noche se les impone las penas principales de 8 años de prisión multa de \$2.039.024.950 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, como determinadores de la conducta punible de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo.

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,

R E S U E L V E

1. Desestimar la demanda de casación.
2. Casar parcialmente, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para declarar que la pena de suspensión en el ejercicio de derechos y funciones públicas (hoy inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas), la que será por el mismo lapso de la pena de prisión impuesta a los procesados Dulis Escobar Lozano y José León Lubo Noche, se impone como principal.
3. Como consecuencia de la extinción de la acción penal de los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público declarada en pretérita oportunidad, se impone a los procesados Dulis Escobar Lozano y José León Lubo Noche las penas principales de 8 años de prisión, multa de \$2.039.024.950 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, como determinadores de la conducta punible de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo.
4. Contra esta decisión no procede ningún recurso

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 29 de enero de 1999. M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.

2 El segundo oscila entre 10 años un (1) mes y 16 días y 14 años 2 meses y 29 días; el tercero va de 14 años 3 meses a 18 años 4 meses y 14 días; y el cuarto de 18 años 4 meses y 15 días a 22 años y 6 meses.