

Proceso No 19866

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado Acta N° 13

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

VISTOS

La Corte se pronuncia de fondo sobre la demanda de casación presentada por la defensora del procesado SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, confirmatorio del proferido por el Juzgado 37 Penal del Circuito de la misma ciudad, por virtud del cual lo condenó a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión, multa de \$27'300.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, al hallarlo responsable en calidad de autor del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

En la misma oportunidad, se condenó al coprocesado no impugnante SALVADOR ATUESTA BLANCO a la pena principal de seis (6) meses de arresto, multa de doce (12) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por su responsabilidad en el delito de peculado culposo y se lo absolvió en relación con los

delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación por los cuales fue acusado.

La Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal sugiere en su concepto casar parcialmente la sentencia impugnada, para absolver al procesado impugnante por el delito de prevaricato por acción.

HECHOS

Fueron adecuadamente sintetizados en el fallo de primer grado así:

“Se relacionan con la expedición de la Resolución No. 0469 de 6 de abril de 1998, por Salvador Atuesta Blanco en su calidad de Director del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, mediante la cual dispuso dar cumplimiento a la sentencia del 31 de julio de 1995, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla a favor de Robinson Rafael de la Rosa y ordenó el pago de Treinta y Cuatro Millones Seiscientos Mil Pesos (\$34.600.000.00), por intermedio del doctor David Orozco Camacho, de conformidad con la conciliación realizada el 3 de abril del mismo mes y año en presencia del Inspector Octavo del Trabajo, constante en el acta que se radicó bajo el No. 54. Pago que fue efectivamente realizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Títulos de Tesorería TES, Clase B”.

“Estableciéndose con posterioridad que la sentencia judicial a la que se dispuso dar cumplimiento en la Resolución aludida jamás existió y por ende la irregularidad de todos y cada uno de los trámites previos a su expedición, que conllevó la apropiación de aquellos dineros en detrimento del patrimonio económico del Estado”.

“Por estos hechos fueron vinculados al proceso Salvador Atuesta Blanco Director del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia quien expidió la citada Resolución, Sherman Javier Perea Medrano, a cuyo cargo estuvo la realización de la liquidación de la referida sentencia (resolución, se aclara) y el abogado David

Enrique Orozco Camacho, quien tramitó la reclamación, concilió con la entidad estatal y recibió el pago de lo no debido”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el informe rendido por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación, la Fiscalía Quince Delegada de la Unidad de Administración Pública de Bogotá dispuso el 25 de agosto de 1998 la correspondiente apertura de la investigación, en cuyo marco vinculó, entre otros, a SALVADOR ATUESTA BLANCO y SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO, definiéndoles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional el 14 y el 27 de octubre 1998, respectivamente, como autor el primero, y coautor el segundo, de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción; providencias que fueron impugnadas por la defensa a través de los recursos de reposición y subsidiario de apelación, con resultado adverso a sus pretensiones.

El 25 de noviembre de 1998 fue sustituida a los procesados la detención preventiva por domiciliaria.

Cerrada la investigación, el sumario fue calificado el 23 de febrero de 1999 con resolución de acusación contra SALVADOR ATUESTA BLANCO y JAVIER PEREA MEDRANO como autor y coautor, respectivamente, de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

La defensa del procesado ATUESTA BLANCO interpuso recurso de apelación contra la acusación, la cual fue confirmada por el ad quem el 14 de abril de 1999.

La etapa del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Bogotá, despacho que una vez surtido el trámite pertinente y celebrada la audiencia pública, profirió fallo el 8 de octubre de 2000, por cuyo medio absolvió al inculcado

SALVADOR ATUESTA BLANCO por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación por los cuales se le acusó, condenándolo como autor del delito de peculado culposo a las penas principales de seis (6) meses de arresto, multa de doce (12) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, concediéndole la libertad provisional de acuerdo con el numeral 2º del artículo 415 del derogado estatuto procesal penal.

A su vez, condenó al procesado SHERMAN JAVIER PEREZ MEDRANO a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión, multa de \$27.300.000.00, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, como autor del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, negándole la condena de ejecución condicional y revocando la detención domiciliaria.

Igualmente los procesados fueron condenados a pagar a favor del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social la correspondiente indemnización por los perjuicios ocasionados.

Impugnado el anterior fallo adverso por la defensa del procesado PEREA MEDRANO, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó mediante sentencia del 18 de octubre de 2002, misma que ahora es objeto de impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA

La defensora del procesado SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO plantea cuatro cargos contra el fallo, que procede a desarrollar así:

1. Primer cargo: Nulidad por violación del derecho de defensa por la desaparición de pruebas en favor del procesado.

Aduce que las pruebas que acreditaban la inocencia de su representado “fueron retiradas del expediente manera (sic) ilegal y subrepticamente, pues no existió

providencia o decisión que así lo ordenara, situación que impidió que fueran tenidas en cuenta por los falladores de primera y segunda instancia y que produjo fallos condenatorios en su contra”.

Puntualmente la casacionista refiere que los cuadernos “ANEXOS 1 Y 4”, con base en los cuales se interrogó al procesado en su indagatoria fueron retirados de la actuación, al punto que ni los procesados ni sus defensores tuvieron acceso a ellos, y en tal medida los funcionarios decidieron con prescindencia de las pruebas allí contenidas.

Asevera que en tales documentos se puede constatar que en la liquidación elaborada por el procesado SHERMAN JAVIER PEREA no se incluyó dos veces al beneficiario Robinson de la Rosa, y que por tanto, el error lo cometieron quienes suscribieron el acta de conciliación, así como quien elaboró las Resoluciones 0467 y 0949 del 6 y 28 de abril, respectivamente.

Luego de transcribir apartes de la indagatoria de su procurado referidos a lo expuesto en precedencia, la censora destaca que aquel no realizó la doble liquidación y que, la que efectivamente elaboró se hizo conforme al fallo del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, reiterando que “EL ERROR ESTABA EN EL ACTA DE CONCILIACIÓN Y NO EN LA LIQUIDACIÓN PORQUE ESTA NO LA HABÍA HECHO SHERMAN”.

Agrega que la referida acta de conciliación fue elaborada por varias personas, entre ellas María Isabel Olarte, Cassio Alberto Mora, Bernardo León, Daniel Assa, el Inspector del Trabajo y Salvador Atuesta, razón por la cual se ignora quién la proyectó, y que aún si hubiera sido su defendido, los funcionarios mencionados pudieron corregirla. Por tanto, si ninguno detectó el error, también pudo pasársele a su asistido quien no es un experto abogado, sino un tecnólogo en alimentos.

Señala que en el Acta No. 54 de abril 3 de 1998, obrante en la actuación, de la cual hizo entrega en fotocopia el procesado SALVADOR ATUESTA y que “corresponde a

los originales que se mantienen ocultos”, se observa que en las liquidaciones realizadas para tal acta de conciliación no aparece el registro doble a favor de Robinson de la Rosa, circunstancia que permite concluir “que el error está en el acta de conciliación que suscribieron el inspector del trabajo, BENARDO LEON en representación de SALVADOR ATUESTA y el abogado DAVID OROZCO, donde consta dos valores para ROBINSON DE LA ROSA, pero no dos liquidaciones”.

En consecuencia, afirma la impugnante que “si los documentos contentivos de los originales de esa acta no se hubieran ocultado por la Fiscalía, se habría podido ejercer el derecho la defensa de Sherman Perea en debida forma y demostrar que jamás existió la tan mentada liquidación que por ninguna parte aparece”.

Acto seguido señala que el dinero pagado de más a Robinson de la Rosa fue devuelto al Estado por el doctor Edinson Orozco Caballero, según consta en documento radicado en la Dirección de FONCOLPUERTOS, cuya copia debidamente sellada fue allegada por el doctor David Orozco Camacho en su injurada, documento que también fue desaparecido por la Fiscalía del expediente, el cual acreditaba lo expuesto por el procesado SHERMAN JAVIER PEREA en su indagatoria, esto es, que no hubo intención de apropiarse del dinero del Estado, y que simplemente se trató de un error atribuible al exceso de trabajo.

Adicionalmente expone que tal prueba no fue tomada en cuenta por el a quo, y que su retiro subrepticio de la actuación impidió a la defensa acreditar la inocencia del inculcado PEREA MEDRANO.

También expresa la defensora que en la diligencia de inspección judicial practicada el 6 de octubre de 1998 en las instalaciones de FONCOLPUERTOS se recaudaron documentos en los que consta que su representado no es abogado sino tecnólogo de alimentos y que dentro de sus funciones no se encontraba la tenencia, administración o

custodia de bienes oficiales, ni tampoco le correspondía proferir resoluciones, dictámenes o conceptos con ocasión de su cargo; medios de prueba que “SE MANTIENEN OCULTOS”, y que han impedido el ejercicio del derecho de defensa en punto de acreditar que en atención a las funciones señaladas en su contrato que consistía en hacer operaciones aritméticas a través de un programa diseñado por la entidad, no podía ser sujeto activo de los delitos por los cuales se le condenó; además, tales pruebas no pudieron ser valoradas por los falladores.

Igualmente expone la censora que “basta leer el expediente para demostrar que el instructor no tuvo ni siquiera la mínima intención de obtener las pruebas que le favorecían al procesado”, al punto que no se verificó si durante los primeros días del mes de abril de 1998 los funcionarios tuvieron que trabajar “hasta agotarse físicamente”, ni tampoco se estableció que en la elaboración del Acta No. 54, tal como lo expuso David Orozco en su injurada se produjeron múltiples errores y luego de firmada se extravió, motivo por el cual procedió a enviar por fax la copia que le fue entregada.

Con fundamento en lo anotado, la impugnante solicita a la Corte “CASAR la sentencia y, en su lugar, declare nulo el proceso a partir de la diligencia de inspección judicial practicada el 6 de octubre de 1998 (folios 59 y 60 del cuaderno original No. 2) fecha a partir de la cual empieza a ocultarse los documentos allegados al proceso” y se remita la actuación al funcionario competente para rehacerla.

2. Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 149 del Decreto 100 de 1980 y falta de aplicación de los artículos 1º y 3º del mismo estatuto.

Expresa la casacionista que comparte los elementos fácticos en los cuales se basa el fallo, pero disiente de la calificación que se les otorgó; para ello indica que el delito de

prevaricato por acción exige que quien lo cometa tenga la calidad de servidor público y que se encuentre provisto de la facultad de dictar resoluciones o proferir dictámenes, como lo ha señalado esta Sala¹.

Por tanto, considera que si su asistido “era un simple empleado medio, al que se le asignó como misión, al lado de otra persona, actualizar las diferentes obligaciones laborales previamente determinadas en un fallo judicial, valiéndose para ello de un programa por computador diseñado por FONCOLPUERTOS”, sin que su firma fuera estampada en los actos finalmente elaborados, sus funciones meramente técnicas denotan que carecía de facultad alguna para proferir resoluciones.

También anota que se acreditó que su procurado únicamente elaboraba “un simple borrador que sólo se integraba al acta de conciliación, una vez revisado y aprobado por los funcionarios de superior jerarquía”, para ser finalmente firmado por el Director de la entidad, razón por la cual, no solo carecía de las exigencias señaladas en el tipo penal para el delito de prevaricato por acción, sino que además, no fue quien expidió la mencionada resolución.

De lo expuesto concluye que se violó directamente el artículo 149 del derogado estatuto penal, así como los artículo 1º y 3º del mismo, que establecían los principios de legalidad y tipicidad, dado que el procesado debió ser exonerado de responsabilidad.

De conformidad con lo anterior, la demandante solicita a la Corte absolver al procesado SHERMAN PEREZ MEDRANO por el delito de prevaricato por acción.

3. Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 y falta de aplicación de los artículos 1º, 2º y 3º del mismo estatuto.

Alega la impugnante que su representado “jamás tuvo a su alcance la posibilidad de disponer de los bienes de FONCOLPUERTOS como función asignada por la ley al Director de dicho organismo. Y, en el caso concreto que se le endilga, existió celosa vigilancia de personas titulares de un poder jurídico superior”, además, la labor de liquidación era adelantada a través de un sistema el cual era alimentado con los datos consignados en los fallos proferidos por la jurisdicción laboral, borrador que a su vez era revisado por varios funcionarios de la entidad antes de ser suscrito por el doctor SALVADOR ATUESTA como Director.

Concluye la defensora que ni el acta de conciliación ni la resolución que ordenaba el pago eran responsabilidad de su asistido, quien sólo cumplía funciones técnicas, razón por la cual no podía disponer del dinero de la entidad, circunstancia que determina la violación directa de los preceptos mencionados.

Solicita entonces la impugnante a la Corte que case el fallo atacado y disponga en su lugar la absolución del procesado PEREA MEDRANO por el delito de peculado por apropiación.

4. Cuarto cargo: Violación del derecho a la igualdad del procesado PEREA MEDRANO.

Afirma la casacionista que se encuentra demostrado que en las decisiones por las cuales se condenó a su representado intervinieron otras personas, todas ellas de rango superior, como la doctora María Isabel Olarte Alfonso, Secretaria General, el doctor Cassio Alberto Mora, Coordinador Jurídico, el doctor Daniel Aza, Jefe de Control de Pagos, y el doctor SALVADOR ATUESTA, Director, de los cuales sólo el último fue condenado por el delito de peculado culposo, circunstancia que denota el trato desigual que ha recibido su procurado.

Por tanto, solicita la defensora a la Corte “case la sentencia impugnada y se restablezca el derecho fundamental conculcado y, en sede de instancia, profiera la

sentencia restableciendo el derecho quebrantado”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal sugiere en su concepto casar parcialmente la sentencia impugnada, únicamente en el sentido de absolver al procesado por el delito de prevaricato por acción, con base en los siguientes argumentos:

1. Respecto del primer cargo: Nulidad por violación del derecho de defensa por la desaparición de pruebas en favor del procesado.

Expone la Delegada que en atención a que en el fallo de segundo grado fue descartada la simple ocurrencia de un error por exceso de trabajo en la liquidación elaborada en favor de Robinson de la Rosa, en cuanto se incluyeron en ella cifras sin soporte válido, esto es, sin el respectivo fallo judicial, y si además, el Tribunal tuvo en cuenta la estrecha confianza que mantenía el procesado SHERMAN JAVIER PEREA con el abogado David Orozco para deducir a aquél responsabilidad penal, resulta evidente que el extravío de los anexos 1 y 2 que denuncia la censora como determinantes para acreditar el error por exceso de trabajo, carece de trascendencia, habida cuenta que el referido yerro no fue alegado por el procesado, ni se infiere, dado que lo cierto fue que existieron dos operaciones por el mismo concepto prestacional frente al mismo trabajador, sin que los anexos que se echan de menos acrediten lo contrario.

Agrega que el planteamiento del procesado es diverso al de su defensora, pues nunca dijo en su injurada que el problema hubiera surgido en la conciliación y no antes en las liquidaciones, y entonces, si primero se elaboraba la liquidación y luego se procedía a efectuar la conciliación, el excesivo pago no fue producto exclusivo de la segunda, lo cual lleva a concluir que por las manos del inculcado PEREA MEDRANO pasaron dos operaciones, una soportada en un fallo real y otro en una sentencia apócrifa o inexistente en favor del mismo beneficiario.

Entonces concluye la Delegada que la falta de los anexos 1º y 4º que supuestamente acreditaban que la conducta ocurrió en la conciliación y no en la doble liquidación, “no libraría de responsabilidad a SHERMAN PEREA, pues éste, se itera, reconoció su participación en la conciliación”.

En cuanto se refiere al memorial presentado por el abogado Edinson Orozco Caballero el 5 de mayo de 1998, por cuyo medio solicitó información para devolver el dinero pagado en exceso, asevera la Delegada que tal prueba beneficiaría al doctor Orozco, no así al procesado PEREA MEDRANO, porque se encuentra acreditado que con la doble liquidación el fisco sufrió un menoscabo, luego resulta un contrasentido alegar en sede de la causal tercera que el sindicato intentó corregir el alegado “yerro involuntario”, pero que de todas maneras consumó el delito; y además, si el error fue descubierto a tiempo, no se entiende cómo de todas maneras los Títulos de Tesorería (TES) fueron negociados a cambio de dinero en efectivo.

Por tanto, considera la representante del Ministerio Público que tampoco se advierte efecto trascendente y favorable al procesado SHERMAN PEREA en el fallo, en punto del memorial que extraña la impugnante.

Respecto de las carpetas contentivas de la hoja de vida del inculcado, en la cual se acredita que era tecnólogo en alimentos y no abogado, la Delegada considera que tal prueba resulta innecesaria y superflua frente al fallo, pues tal circunstancia fue aceptada en la sentencia atacada.

Y agrega que lo que sí omitió la defensora fue señalar que su asistido cursaba noveno semestre de ingeniería de alimentos, y que además tenía estudios de ingeniería industrial, conocimientos que por implicar el manejo de fórmulas matemáticas y cálculos, descarta la pretendida ajenidad respecto de las liquidaciones que le correspondía elaborar en FONCOLPUERTOS.

También señala que resulta “insensato pensar que la prueba de que el sindicato era, no un experto en leyes, sino un experto en comidas, era una evidencia tan fuerte que el juez de la causa, ipso facto concluyera en la inocencia del reo”, más aún cuando no se requieren conocimientos jurídicos para saber que es ilícito pagar dos veces la misma prestación o indemnización.

De conformidad con lo anterior, estima la Procuradora Delegada que la profesión del procesado sí fue valorada por los falladores, sin que ello cambie en algo el sentido de la sentencia.

Además de lo expuesto, señala que si bien los documentos echados de menos por la censora no aparecen como anexos, sí se encuentran en el expediente; así, en el informe 01945 del CTI del 21 de agosto de 1998 se expresa que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito no profirió fallo alguno en favor de Robinson de la Rosa el día que se registra en la resolución 0469.

En el informe 02496 de la Sección de Investigaciones del CTI de Bogotá que anotó que al practicar inspección judicial en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla se estableció que no ha cursado ningún proceso promovido por Robinson de la Rosa, además de la constancia que en tal sentido expidió la titular del referido despacho, que allegó el procesado ATUESTA BLANCO, documentos que pudieron ser conocidos por el inculcado y la defensa por aparecer en el expediente.

Destaca la Delegada que también obra en la actuación el Acta de Conciliación No. 54, en la cual aparece conciliadas a favor de Robinson de la Rosa la sumas de \$43.500.000.00 y de \$34.600.000.00; igualmente obra la constancia expedida por la Tesorera de FONCOLPUERTOS por cuyo medio se acredita que el doctor Edinson Orozco Caballero devolvió la suma de \$34.600.000.00 por un doble pago efectuado a Robinson de la Rosa, pruebas a las cuales se refirió la defensa al impugnar la

providencia que impuso medida de aseguramiento al procesado, y a las que a su vez se refirió la Fiscalía al resolver el recurso de reposición interpuesto, señalando que la devolución del dinero constituye una circunstancia de atenuación de la pena, pero no implica que el delito “no se hubiere agotado”.

Añade que figura en el expediente copia de la resolución 469 de abril 6 de 1998, en la cual se afirma que mediante providencia del 31 de julio de 1995 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla ordenó pagar a favor de Robinson de la Rosa, la suma de \$42.305.390.57 por distintos conceptos laborales; valor que se acordó conciliar en la suma de \$34.600.000.00 representados en Títulos de Tesorería.

Igualmente indica que aparece la resolución 949 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la cual se ordena la expedición de los títulos para cancelar la acreencia conciliada.

Además, resalta la Delegada que la defensa aduce la violación del derecho de defensa del procesado por no haber accedido a los documentos que menciona, cuando lo cierto es que en el escrito previo a la definición de situación jurídica y en los alegatos precalificatorios se refirió al memorial del doctor Edinson Orozco en el que alude a la devolución del pago recibido en exceso. Y que si la misma casacionista reconoce que en la actuación obran copias de los documentos cuyos originales extraña, no se evidencia por qué únicamente le sirven los originales para sus propósitos defensivos.

En punto de la violación al principio de investigación integral, la Delegada señala que debió ser planeado en un cargo aparte, por tratarse de un asunto diverso al pretendido con la denuncia de las pruebas desaparecidas que condujeron a la supuesta violación del derecho de defensa del procesado PEREA MEDRANO pero, además, expresa que el excesivo trabajo de este no tiene aptitud para demostrar el yerro en la elaboración de la doble liquidación.

De conformidad con lo anotado la Procuradora Delegada para la Casación Penal considera que este cargo no debe prosperar.

2. Respecto del segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 149 del Decreto 100 de 1980 y falta de aplicación de los artículos 1º y 3º del mismo estatuto.

Manifiesta la Delegada que la calidad de servidor público del procesado SHERMAN JAVIER PEREA se acredita, de una parte, con lo expresado por él mismo en la injurada, en el sentido de que estaba vinculado con FONCOLPUERTOS a través de un contrato de prestación de servicios, y de otra, con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, reiterado en el artículo 20 de la Ley 600 de 2000. También se demuestra con lo señalado en el artículo 123 de la Carta Política en cuanto refiere que la ley regulará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, y adicionalmente, con la preceptiva del artículo 53 de la Ley 80 de 1993 que alude a la responsabilidad penal de consultores, interventores y asesores externos derivada del contrato, disposición que al ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional dejó en claro que “cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas”².

No obstante, asevera que dentro de las funciones del procesado no se encontraba la de expedir resoluciones, y sin ello no se satisface la exigencia establecida en el artículo 149 del anterior estatuto penal, en el sentido de que el delito de prevaricato no se refiere simplemente a un servidor público, sino a aquel que tenga la función de proferir resolución o dictamen, pues de lo contrario sobraría el tipo penal de abuso de la función pública.

Concluye entonces la Delegada “que el servidor público que no firma la resolución o dictamen controvertidos no puede ser autor del delito de prevaricato”, como

en efecto lo ha señalado la doctrina colombiana.

Pese a lo expuesto, la Procuradora Delegada señala que el comportamiento del inculpatado PEREZ MEDRANO, referido a incluir en la liquidación a favor de Robinson de la Rosa unos guarismos falsos, la cual fue a la postre suscrita por el Director de la entidad ordenando el pago que efectivamente se produjo, “puede ser entendido como un favorecimiento doloso de un hecho culposo atípico”, dado que “el Director General de Foncolpuertos quien firmó la resolución contraria a derecho, no tiene ningún compromiso con la justicia”.

Sobre el particular anota que la teoría de la imputación objetiva brinda soluciones a la situación contraria, esto es, que a quien culposamente propicia un delito doloso de otro, no puede serle imputable este último comportamiento (prohibición de regreso). Y agrega que un rediseño de los postulados de la imputación objetiva ha “pasado a permitir que el manto de la atipicidad cubra también la favorecimiento doloso de una conducta dolosa o incluso de una conducta culposa, siempre que tal ‘participación’ se haya realizado dentro del riesgo permitido”; en consecuencia, anota que según lo expuesto no podría afirmarse que el procesado PEREA MEDRANO le era permitido introducir en sus liquidaciones guarismos provenientes de fallos que él sabía que eran falsos.

Procede entonces la Delegada a verificar si el comportamiento del procesado se encuadra dentro de las figuras de la autoría mediata o la determinación, para concluir que en la primera el agente no es un partícipe, y que la segunda, por estar gobernada por la regla de la accesoriedad resulta dependiente de la autoría de quien realiza el injusto típico.

Afirma que, “el código de 2000 (art. 30) adoptó la regla de accesoriedad por antijuridicidad, conocida en la doctrina con el nombre de accesoriedad limitada, que

consiste en que la conducta del partícipe sólo será punible si la del autor es, cuando menos, antijurídica. Esta regla conduce a que si la conducta del principal está justificada, también lo será la del partícipe, pero en cambio que si la ilicitud de la acción u omisión típicas del autor está por fuera de discusión, mas está cobijada por una causal de inculpabilidad, esta última no beneficiará al partícipe”.

Y por tanto considera que el inculpativo SHERMAN JAVIER PEREA no podía ser llamado a responder como autor de prevaricato por acción, y tanto menos como autor mediato del mismo delito, habida cuenta que “en verdad es francamente imposible sostener que el doctor ATUESTA BLANCO estaba siendo instrumentalizado por PEREA MEDRANO. No era el entonces Director General de Foncolpuertos una especie de marioneta del encartado liquidador; simplemente incluyó, en una liquidación, un factor espurio, y aquel directivo firmó una resolución contraria a derecho por estar soportada en el infiel cálculo”.

Al analizar la figura de la determinación la Delegada expresa que de acuerdo a la causal primera de casación cuerpo primero, en la cual se aceptan los hechos y la forma en que fueron asumidos por los falladores, se tiene que el procesado PEREA no determinó al Director de la entidad para suscribir la resolución contraria a derecho, pues “por ninguna parte aparece que SHERMAN JAVIER hubiera persuadido o intentado engañar al Director General de Foncolpuertos para que éste, a su turno, hubiera suscrito una resolución manifiestamente contraria a la ley. El señor PEREA MEDRANO no buscó encarrilar la voluntad del firmante en sentido contrario a derecho”, en consecuencia, la conducta de este se identifica con la hipótesis del fraude procesal, sin perjuicio de la responsabilidad por el uso de documento público falso.

También argumenta la Delegada que de conformidad con el principio de accesoriedad de la determinación, si el comportamiento principal no es antijurídico, tampoco lo es la conducta accesoria. Así las cosas, si el Director de la entidad fue

absuelto por el delito de prevaricato por acción, dada la atipicidad de la conducta en cuanto no se encuentra tipificado el delito de prevaricato culposo, el partícipe, en este caso SHERMAN JAVIER PEREA, no está llamado a responder como determinador.

Añade que si se opta por sancionar al procesado a título de determinador, es evidente que “el señor PEREA MEDRANO no tuvo opción de ejercer su defensa pues nunca se le imputó ni se discutió delante de él y su defensa determinación alguna”, sin que pueda aducirse, dice la Procuradora, que una punibilidad más baja o idéntica a la autoría subsana eventuales problemas de concordancia entre el pliego de cargos y la sentencia, pues lo que está en juego no es un asunto de consonancia sino el derecho a defenderse de los elementos propios de la participación.

Con base en lo anterior, la Delegada considera que el cargo debe prosperar.

3. Respecto del tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 y falta de aplicación de los artículos 1º, 2º y 3º del mismo estatuto.

Estima la representante del Ministerio Público que tal como lo expuesto esta Sala, “el concepto de funciones propias del cargo que integra uno de los ingredientes normativos del tipo penal de peculado por apropiación, no es el de funciones que provengan exclusivamente de la ley, sino también de otras funciones como por ejemplo un acto administrativo, una orden o cualquier regulación proferida con fuerza vinculante”.

Por tanto, no es preciso que aparezca un listado específico de funciones, como lo pretende la censora, pues lo que se requiere es un acto administrativo o manual del cual se desprenda un “ámbito funcional”, razón por la cual el anterior Código Único Disciplinario disponía en su artículo 40 que era deber de los servidores públicos “utilizar

los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que les sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por su función exclusivamente para los fines a que están afectos”; también les correspondía vigilar y salvaguardar los bienes e intereses del Estado, responder por su conservación y rendir oportunamente cuantas sobre su utilización.

Así las cosas, concluye que si al procesado SHERMAN JAVIER PEREA le correspondía la elaboración de liquidaciones a partir de las cuales se emitían actos administrativos que implicaban una erogación a cargo del Estado, dentro de su ámbito funcional se encontraba el manejo de bienes, sin que resulte procedente confundir disposición final con acto de intervención, que en este caso fue eficaz para dar lugar al detrimento patrimonial ya mencionado, sin que entonces se torne imprescindible la cercanía espacial o el tacto directo del circulante que maneja el fisco, como equivocadamente lo entiende la demandante.

De acuerdo a lo anotado, la Delegada sugiere que el cargo analizado no debe prosperar.

4. Respecto del cuarto cargo: Violación del derecho a la igualdad del procesado PEREA MEDRANO.

Considera la representante del Ministerio Público que se desconoce la causal de casación en la que fundamenta la actora el cargo, además de no especificar si la garantía vulnerada afecta el derecho de defensa, el debido proceso o la competencia.

Adicionalmente expresa que “baladí es el argumento de buscar la exoneración de responsabilidad de un sindicato, simplemente porque otros supuestos responsables no han sido también procesados, argumento que conduciría a la absolución de todos los responsables de delitos en atención a que otros no fueron procesados o sus comportamientos quedaron en la impunidad”.

Conceptúa entonces la Delegada, que la censura no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Primer cargo: Nulidad por violación del derecho de defensa por la desaparición de pruebas en favor del procesado.

Pronto advierte la Sala que la argumentación expuesta por la censora no sólo carece de soporte sino de razón. En efecto, la demandante dirige su esfuerzo a echar de menos ciertas pruebas, especialmente documentales, y a partir de ello señala que se violó el derecho de defensa de su asistido; no obstante, no se sujeta de manera alguna al principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad de la actuación, según el cual, no basta con denunciar irregularidades o que estas efectivamente se presenten en el proceso, sino que es menester demostrar que aquellas inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales.

La impugnante manifiesta en el libelo de casación que en el expediente no obran los documentos originales que en su criterio acreditarían la irresponsabilidad penal de su asistido, pese a lo cual acepta que aparecen en fotocopia, circunstancia que denota la inconsistencia del argumento, pues lo cierto es que tales medios probatorios, ya originales o en copia, fueron tenidos en cuenta tanto por la defensora a lo largo del proceso para favorecer los intereses de su procurado, como por los funcionarios judiciales que conocieron del asunto y adoptaron las decisiones correspondientes.

Como puede observarse, en el escrito previo a la definición de la situación jurídica del procesado PEREA MEDRANO, su apoderada señaló: "...es claro que no había el menor ánimo y así lo debe estar presumiendo la Sr. Fiscal, al existir ya en el proceso una carta de intención presentada por el Dr. EDINSON OROZCO inmediatamente después de haberce (sic) percatado del error implícito...."3 (subrayas fuera de texto).

A su vez, en el memorial por cuyo medio la defensora impugnó la resolución de situación jurídica, anotó: "...solamente ha recaído la responsabilidad sobre el director y mi defendido (SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO, se aclara), siendo estos ajenos al área del derecho, ya que uno ostenta el título de ingeniero industrial y el otro tecnólogo en alimentos, siendo los demás intervinientes, profesionales del derecho..."⁴ (subrayas fuera de texto).

Y más adelante en el mismo documento señaló: "De tal suerte que habiendo devuelto íntegramente la persona que recibió el valor de \$34.600.000.00 determinado el mandamiento de pago deja sin piso cualquier forma de imputación, en este caso por peculado, por cuanto al reintegrarse el dinero que el receptante se dio cuenta que le estaban pagando por error, elimina los elementos que podían constituir cualquier forma de ilicitud tipificada (...) Este hecho tiene una significación muy concreta, ya que moralmente y subjetivamente le da fuerza al dicho de mi defendido cuando plantea que por sourmenage o cansancio mental por la larga jornada de trabajo no pudo darse cuenta que se le había dictado erróneamente un mandamiento de proceso que no existía"⁵ (subrayas fuera de texto).

También en los alegatos precalificatorios expresó la defensora: "A estas alturas de la instrucción no cabe la menor duda que mi defendido, no tenía el menor ánimo de apropiarse de los dineros (...) es menester examinar las fechas en que fue presentado el documento elaborado por el doctor EDINSON OROZCO, informando el pago, que no le correspondía, y mi defendido solo se entera de su error cuando fue capturado el doctor DAVID OROZCO..."⁶ (subrayas fuera de texto).

Finalmente, en la audiencia pública la apoderada del procesado PEREA MEDRANO expuso: "...ya que su función está claro después de realizada pasaba por un filtro donde detectaban cualquier anomalía presentada en la elaboración de estas y no es complejo analizar que no hubo esta intención de apropiación ya que esa carta de

devolverlo desvanece cualquier mal entendido”⁷ (subrayas fuera de texto).

Y luego, en la sentencia de primer grado, en respuesta a los planteamientos de la defensa de SHERMAN PEREA se dijo: “Vista la presentación que de los hechos hacen los vinculados encuentra el Despacho que han pretendido mostrar su comportamiento como la actitud desprevenida de quienes por circunstancias que les fueron extrañas cometieron errores que conllevaron los resultados ya conocidos. Empero a esa generosa concepción de los hechos no se arriba ni aún por el beneficio de la duda”⁸.

Igualmente se expuso: “Vistas las circunstancias en que se efectuó dicha liquidación no cabe duda que su producción irregular no fue el resultado del error, de la desatención, del exceso de trabajo del liquidador, sino de su actuar consiente y querido, aseveración que surge al analizar los pormenores de su elaboración, es así como, la prueba documental da cuenta que se liquidó una supuesta obligación reconocida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, a favor de Robinson Rafael de la Rosa y a pesar de que este soporte no existía, fijó factores, fechas e intereses ficticios, pues de otra forma no se explica la globalización del monto”⁹.

Ahora bien, en punto del yerro en el que incurrió el procesado SHERMAN JAVIER PEREA, alegado por la defensa, el ad quem precisó: “Así las cosas, cada operación realizada tenía una concreta fuente de consulta, y por ende, lo que a lo sumo se podría presentar era un error de orden aritmético o que una liquidación se repitiera, evento este que, de todas maneras, sería fácilmente detectable y corregible sin mayor dificultad, pero lo evidente en el caso sub lite es que en ninguno de tales supuestos se enmarca la actuación irregular materia de censura (...) De otro lado, el haber recurrido el procesado, conforme lo manifestó en su indagatoria, a la colaboración del abogado Orozco Camacho para que le dictara los datos a consignar en cada liquidación de acuerdo con lo plasmado en las providencias judiciales, no revela otra cosa que la existencia

de una estrecha relación entre los dos”¹⁰.

De las anteriores transcripciones puede concluirse que la defensa técnica del inculcado SHERMAN JAVIER PEREA efectuó en el desarrollo del proceso permanentes y puntuales referencias a ciertos documentos que en su criterio acreditaban su irresponsabilidad penal, pero los funcionarios que conocieron de la instrucción y del juicio arribaron a diversa conclusión, sin que por ello pueda expresarse que fue conculcado el derecho de defensa del procesado.

Resulta incuestionable que la defensa intenta ahora con el pretexto de solicitar la declaratoria de nulidad de la actuación, destacar su personal apreciación del acervo probatorio a fin de controvertir una vez más el valor que a los medios de prueba otorgaron los funcionarios judiciales, sin percatarse que ello no es procedente en este trámite extraordinario.

Adicional a lo anotado se tiene que la censorsa se desentiende por completo de los soportes probatorios de los fallos de primera y segunda instancia, como que sólo se detiene a dar prevalencia demostrativa a los documentos que en su parecer señalan la irresponsabilidad penal de su asistido, pero nada refiere en punto de otras pruebas que sin duda alguna acreditan que cometió los hechos por los cuales se le condenó. A manera de ejemplo resalta la Sala que, si el inculcado PEREA MEDRANO era tecnólogo de alimentos y no abogado, ello en nada descarta su responsabilidad penal, pues lo cierto es que tenía los conocimientos suficientes para registrar en un computador ciertos datos contenidos en providencias judiciales, labor que no requería de especialísimos conocimientos jurídicos como vanamente lo intenta presentar la defensora, y por tanto, si en ejercicio de tal función decidió consignar datos de un fallo inexistente, no hay duda alguna sobre su responsabilidad penal.

También es oportuno destacar que en ningún momento fue desconocida por los

funcionarios judiciales la comunicación remitida por el doctor Edinson Orozco Caballero a FONCOLPUERTOS anunciando que devolvería el dinero pagado en exceso, lo que sucede es que se entendió que un tal proceder no desvirtúa la comisión del delito por parte de PEREA MEDRANO, al punto que, como se dijo en los fallos, los Títulos de Tesorería recibidos fueron negociados en el mercado bursátil, sin que con anterioridad se hubiera puesto de presente el pago indebido o se hubiera reversado la operación, como para dar crédito a la supuesta buena fe del procesado.

Tampoco intenta la casacionista ser consonante con los planteamientos de su procurado, pues este no afirmó en su injurada la presencia de un error por exceso de trabajo, ni que la falla estuviera en el acta de conciliación; por tanto, si ahora tardía y vanamente se intenta señalar un pretendido exceso de trabajo que dio lugar a que el procesado consignara datos falsos sin soporte para ello, o que no realizó la liquidación, pero pese a ello se adelantó la diligencia de conciliación a partir de aquella ante el Inspector del Trabajo, para posteriormente disponer la resolución de pago que efectivamente se realizó, el argumento no pasa de constituir un propósito defensivo carente no sólo de credibilidad, sino especialmente de prueba.

Como acertadamente lo indica la Delegada, si bien en la actuación no aparecen los cuadernos 1º y 4º de anexos que echa de menos la demandante, lo cierto es que los documentos extrañados obran en las diligencias que la Sala tiene a disposición, como pasa a señalarse:

- i) Informe 01945 del CTI del 21 de agosto de 1998 señalando que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito no ha proferido fallo alguno en favor de Robinson de la Rosa contrario a lo anotado en la Resolución 0469 de FONCOLPUERTOS.
- ii) Informe 02496 de la Sección de Investigaciones del CTI de Bogotá expresando que en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla no ha cursado ningún

proceso promovido por Robinson de la Rosa.

iii) Constancia expedida por la Titular del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla en la cual asevera que aquel despacho no ha tramitado proceso alguno donde figure como demandante Robinson de la Rosa.

iv) Acta de Conciliación No. 54, en la cual aparecen conciliadas a favor de Robinson de la Rosa la sumas de \$43.500.000.00 y de \$34.600.000.00.

v) Constancia expedida por la Tesorera de FONCOLPUERTOS por cuyo medio acredita que el doctor Edinson Orozco Caballero devolvió la suma de \$34.600.000.00 por un doble pago efectuado a Robinson de la Rosa.

vi) Copia de la resolución 469 de abril 6 de 1998, en la cual se afirma que mediante providencia del 31 de julio de 1995 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla ordenó pagar a favor de Robinson de la Rosa, la suma de \$42.305.390.57 por distintos conceptos laborales; valor que se acordó conciliar en la suma de \$34.600.000.00 representados en Títulos de Tesorería.

vii) Resolución 949 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la cual se ordena la expedición de los títulos para cancelar la acreencia conciliada.

Lo expuesto evidencia que la solicitud de declaratoria de nulidad de la actuación que formula la casacionista es manifiestamente improcedente, pues carecería de sentido invalidar lo actuado con el propósito de que la defensa tuviera nuevamente las oportunidades que ya tuvo y a las que efectivamente acudió, como viene de resaltarse.

Adicionalmente, en relación con la presunta violación del principio de investigación integral que la defensora simplemente anuncia, pero no desarrolla, baste

señalar que la Sala ha tenido la oportunidad de puntualizar que no es suficiente que en la demanda se relacionen las pruebas supuestamente omitidas, sino que es necesario indicar su fuente, conducencia, pertinencia y beneficio, además de su injerencia favorable a los intereses del procesado frente a las conclusiones del fallo, en cuanto la omisión de decretar y practicar pruebas inconducentes, impertinentes, inútiles o superfluas no constituye afrenta a sus derechos¹¹, proceder que no fue acometido en el libelo de casación objeto de estudio.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

2. Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 149 del Decreto 100 de 1980 y falta de aplicación de los artículos 1º y 3º del mismo estatuto.

Considera la Sala que la censura se encuentra adecuadamente formulada, en la medida en que la demandante no reprocha la validez de las pruebas o su valoración realizada por los juzgadores, sino que con estrictez a los hechos declarados como probados en los fallos, orienta su labor en demostrar que ellos no encuentran adecuación típica, en este especial caso, en el delito de prevaricato por acción.

Es así como no desconoce el hecho declarado como probado que el procesado SHERMAN PEREA MEDRANO diligenció una liquidación a favor de Robinson Rafael de la Rosa Domínguez sin contar para ello con el respectivo soporte consistente en un fallo proferido por la jurisdicción laboral, aspecto que derivó en la expedición de una resolución contraria al ordenamiento, por cuyo medio se ordenó pagar al referido ciudadano la suma de \$34.600.000,00 a través de Títulos de Tesorería, que efectivamente fueron negociados en el mercado bursátil por el apoderado del beneficiario.

Sin embargo, respecto del reparo que presenta la casacionista contra los fallos de

instancia, en lo relativo a que el delito de prevaricato por acción exige, además de la calidad de servidor público, que el sujeto se encuentre facultado para expedir resoluciones o dictámenes, aspecto que, en su criterio, no cumple, toda vez que él “era un simple empleado medio, al que se le asignó como misión, al lado de otra persona, actualizar las diferentes obligaciones laborales previamente determinadas en un fallo judicial, valiéndose para ello de un programa por computador diseñado por FONCOLPUERTOS”, sin que su firma fuera estampada en los actos finalmente elaborados, sus funciones meramente técnicas evidencian que no tenía facultad alguna para proferir la resolución cuestionada, la cual fue finalmente firmada por el Director de la entidad y, por ello, no era posible que cometiera dicho delito.

En esas condiciones, antes de dar respuesta a los argumentos de la libelista considera oportuno la Sala recordar que en el proceso se encuentra probado que SHERMAN PEREA MEDRANO se desempeñó, entre el 2 de febrero y el 25 de septiembre de 1998, en el cargo de liquidador en el área jurídica de FONCOLPUERTOS, motivo por el cual le correspondía transcribir los mandamientos de pagos dictados en contra de la entidad por los juzgados laborales.

De igual manera, los fallos declararon como probados que el citado acusado elaboró una doble liquidación a favor de Robinson Rafael de la Rosa Domínguez, así: la primera, con estrictez a lo sentenciado por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla el 31 de julio de 1995, cuantía que a la postre fue conciliada por la suma de \$43.500.000, según acta N° 54 del 3 de abril de 1998 suscrita ante el correspondiente Inspector de Trabajo, y cuyo reconocimiento se dispuso en resolución fechada del 6 de ese mes y año y, finalmente, la segunda, la que presuntamente se apoyó en lo decidido por el citado juzgado laboral, por valor de \$34.619.399,31, que finalmente fue conciliada en \$34.600.000 cuyo reconocimiento fue ordenado mediante resolución N° 0469 del 6 de abril del mismo año.

Así mismo, mediante resolución de acusación del 23 de febrero de 1999, la Fiscal 15 Delegada ante la Unidad Nacional contra la Administración pública, acusó, entre otros, a SALVADOR ATUESTA BLANCO y SHERMAN PEREA MEDRANO, en calidad de coautores, por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

Por su parte, el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2000, condenó a los procesados SHERMAN PEREA MEDRANO a las penas principales de sesenta y seis (66) meses de prisión, multa de 27.300.000,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad. David Enrique Orozco Camacho fue condenado “como determinador del punible de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con el delito de prevaricato por acción cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en la parte motiva de esta sentencia”. Finalmente, a SALVADOR ATUESTA BLANCO lo condenó a las penas principales de seis (6) meses de prisión, multa de doce (12) salarios mínimos legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso como autor del delito de peculado culposo y lo absolvió por los punibles de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

Apelada la anterior decisión por el defensor de SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO, el Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de febrero de 2002, lo confirmó.

Puntualizado lo anterior y en lo atinente al delito de prevaricato por acción, es claro que dicha conducta exige una especial cualificación del sujeto activo, al tenor del artículo 149 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995 a saber: que se trate de servidor público y que dentro de su órbita de competencia cuente con la capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes.

En ese orden de ideas, también es evidente para la Sala que el procesado, como se ha dicho, era servidor público, pues como lo destaca la Procuradora Delegada, tal calidad se

acredita con el dicho del propio procesado en la indagatoria, en el sentido de que estaba vinculado con FONCOLPUERTOS a través de un contrato de prestación de servicios y, de otra, con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, reiterado en el artículo 20 de la Ley 600 de 200, en lo estatuido en el artículo 123 de la [Constitución Política](#) y, finalmente, con lo reglado en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, dentro de las funciones que desempeñaba en la entidad pública no tenía la capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes. Por consiguiente, en lo relativo a la Resolución 0469 de 1998, mediante la cual se ordenó pagar al apoderado Robinson Rafael de la Rosa Domínguez la suma de \$ 34.600.000, el comportamiento del procesado PEREA MEDRANO consistió en elaborar la liquidación previa al referido acuerdo, para luego pasarlo al coprocesado SALVADOR ATUESTA BLANCO, quien era el encargado de expedirla, sin que de ello se infiera que no deba responder penalmente por los hechos atribuidos en la resolución de acusación, tal como lo sugiere la Procuradora y la libelista.

En efecto, dicho comportamiento encaja en la descripción que la ley hace de la determinación y no en la autoría. Recuérdese que el determinador, como lo ha dicho la Corte desde antaño, es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción orden, convenio o cualquier medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal,¹² motivo por el cual, según el artículo 23 del Decreto 100 de 1980 o, el 30 de la Ley 599 de 2000, “incurrirá en la pena prevista para la infracción”, sin que importe la cualificación del sujeto activo exigido en el tipo penal, toda vez que ésta “no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental”¹³.

En el supuesto que ocupa la atención de la Sala, si bien es cierto que el Director de la entidad fue absuelto por el delito de prevaricato por acción al estimarse que fue inducido

en error, de todos modos para los sentenciadores fue claro que el comportamiento de ATUESTA BLANCO fue típico y antijurídico, es decir, que en la ejecución material del hecho adecuó su comportamiento a lo que abstractamente describe el tipo penal de prevaricato por acción y vulneró el bien jurídico protegido. Veamos:

Al respecto, el juzgado de primera instancia estimó “Con relación al punible de prevaricato, cuya tipicidad y antijuridicidad no dan lugar a discusión, tal como se consideró en precedencia, como quiera que a Salvador Atuesta, en su calidad de Director del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, la ley le imponía el deber de ordenar el pago de acreencias laborales reconocidas en providencias judiciales, empero la Resolución N° 0469 del 6 de abril de 1998, la fundamentó en un hecho inexistente, luego no procedió con estricta sujeción a los mandatos legales; empero, en tratándose de la culpabilidad considera el Despacho que su conducta devino de su falta de cuidado, al no apreciar lo que ha debido ver, el contenido del acta de conciliación, y en un exceso de confianza en sus subalternos que a todas luces denota su alejamiento del deber de cuidado que lo llevó a asumir como cierto un hecho irreal como fundamento de la decisión que profería”.

“Ya que si bien el proyecto de Resolución había sido elaborado por la oficina jurídica y revisado por dos profesionales del derecho María Isabel Olarte y Casio Alberto Mora, cuyas iniciales se dejaron plasmadas al final de la resolución a que nos venimos refiriendo, ello no exoneraba a Salvador Atuesta Blanco, de revisarla junto con su sustento, el acta de conciliación, empero de ésta falta de diligencia que lo llevó al error, no se sigue que pueda predicarse la existencia de culpabilidad a título de dolo, máxime cuando no obra otro elemento de juicio que conlleve a intuir su querer voluntario de apartarse de la realidad para proferir un acto contrario a la ley”.

“Error que para Salvador Atuesta Blanco no era insuperable, pues fue el producto de su incuria y en esa medida no lo exime de responsabilidad la que se predica a título de culpa,

no obstante ésta no tiene repercusión para estructurar el hecho punible de prevaricato, como quiera que el inciso final del artículo 40 del Código Penal que establece 'Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiera previsto como culposo' y, el delito por el que se procede admite sólo la culpabilidad dolosa. En consecuencia se absolverá a Salvador Atuesta Blanco por el cargo de prevaricato que le fue formulado; y teniendo en cuenta la actitud descuidada y negligente que se observa en el ejercicio de sus funciones se dispondrá compulsar copias de las piezas procesales pertinentes con destino a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo".

En esas condiciones y para este particular asunto, teniendo en cuenta lo declarado como probado en los fallos, el procesado PEREA MEDRANO indujo a ATUESTA BLANCO a emitir dicha resolución, puesto que era la persona encargada de cumplir con ese rol, de acuerdo con sus funciones como Director de la entidad. Es decir, que éste actuó típica y antijurídicamente, pero en lo que atañe a la culpabilidad no se le puede atribuir dicho comportamiento a título de dolo, sino de culpa, por razón al error en que fue inducido por aquél, lo que al tenor del inciso final del artículo 40 del Decreto 100 de 1980, implicó que su comportamiento no fuera punible.

En otras palabras, es evidente que el inculpatado SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO, en su calidad de determinador, indujo a ATUESTA BLANCO a cometer dicha conducta punible, al punto que los juzgadores concluyeron que, en especial el de primera instancia, en el comportamiento de éste se daban los elementos de la conducta punible, en lo relativo a la tipicidad y a la antijuridicidad, sin que su actuar se pudiera enmarcar en el campo del dolo, sino de la culpa, puesto que el procesado ATUESTA BLANCO no tenía libertad de escogencia, toda vez que por razón de la desidia que le imprimía a las funciones que les fueron encomendadas en virtud del cargo que desempeñaba, permitió que fuera determinado para que ejecutara materialmente la conducta punible.

Ahora bien, el actual artículo 30 del actual Código Penal consagró, como lo indica la Delegada acertadamente, la determinación gobernada por la regla de la accesoriedad por antijuridicidad, según la cual, la conducta del partícipe sólo será punible si la de autor es, cuando menos antijurídica. Por esa razón, tampoco resulta atinado predicar la atipicidad del comportamiento de PEREA MEDRANO, como lo hace la citada funcionaria y la libelista, puesto que, como quedó reseñado en el fallo de primera instancia, el que fue confirmado por el de segunda, para los juzgadores fue claro y evidente que el comportamiento de ATUESTA BLANCO fue típico y antijurídico, motivo por el cual así éste hubiese sido absuelto, de todos modos el partícipe (en este caso el determinador) no diluye su compromiso penal, máxime cuando el hecho no fue punible para aquél por razón de una causal de inculpabilidad (artículo 40 del Decreto 100 de 1980) y no de justificación (Artículo 29 del Decreto 100 de 1980), hoy de ausencia de responsabilidad (artículo 32 de la Ley 599 de 2000).

Así, es claro que, contrario a lo afirmado por la libelista y la Procuradora Delegada, el comportamiento del procesado no se enmarca en el campo de la autoría, sino de la determinación, como una forma de participación en la conducta punible, como quedó expuesto. De ahí que las calidades especiales que se exige del autor en el tipo penal de prevaricato por acción se hacen extensivas al acusado recurrente.

De otro lado, como quiera que las dos codificaciones, esto es, el Decreto 100 de 1980 (artículo 23) y la Ley 599 de 2000 (artículo 30), le da igual tratamiento en el campo de punición al autor y a quien determine a otro realizar la conducta punible, la Sala no hará ninguna variación en lo relativo a este aspecto.

Finalmente, la atribución de la conducta punible a PEREA MEDRANO, en calidad de partícipe -determinador-, en manera alguna lleva a transgredir alguna garantía, pues, como lo ha plasmado la Corte, “al haberse acusado y condenado a M. M. como determinador, este error en el termino utilizado para precisar el grado de participación (que

es de coautoría, como se dijo) no entraña materialmente irregularidad ninguna, pues de todos modos dicho acusado conoció enteramente y se defendió de los cargos por los cuales fue sentenciado, siendo entonces el referido yerro conceptual un aspecto meramente nominal que en nada incidió en el derecho de defensa de dicho procesado”¹⁴.

Anteriormente, también se adujo: “Algo semejante a lo relacionado con el desplazamiento que hizo el juzgador dentro del mismo artículo, aconteció con haberse acusado a la procesada como autora del delito en mención y condenada como determinadora, pues con ello no se hizo más gravosa su situación, según se acaba de anotar, al darle la ley penal el mismo tratamiento punitivo al autor material que a la persona que determina a otro a realizar el delito”.

“A pesar de las variantes seguidas por el juzgador, no se rompió la consonancia entre la acusación y el fallo, por lo que se concluye que este cargo tampoco esta llamado a prosperar”¹⁵.

En consecuencia, la censura no tiene vocación de éxito.

3. Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 y falta de aplicación de los artículos 1º, 2º y 3º del mismo estatuto.

En cuanto se refiere a lo expuesto por la demandante, en el sentido de que el procesado SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO carecía de disponibilidad sobre los bienes o dinero de FONCOLPUERTOS, en atención a que ello era función del Director de la entidad, y además porque su labor era exclusivamente técnica y era revisada por sus superiores, encuentra la Sala que de tiempo atrás se ha precisado que el ámbito funcional exigido por el tipo, no se refiere exclusivamente a una facultad estrictamente definida en la Constitución, la ley o los reglamentos, pues también tiene lugar cuando en la organización estatal se fracciona la administración de los bienes públicos, habida cuenta que

imposible resultaría exigir que la referida actividad estuviese concentrada en un solo individuo, quien sería el único que podría cometer el delito de peculado por apropiación,

Sobre el particular, en ocasión anterior, con ponencia de quien ahora cumple igual cometido, señaló la Sala que “la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”¹⁶ (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, advierte la Sala que si el inculcado PEREA MEDRANO fue vinculado a FONCOLPUERTOS a través de un contrato de prestación de servicios, y en tal condición sus deberes se encontraban reglados en el artículo 40 de la Ley 200 de 1995, estaba llamado a cumplir, entre otros, con los siguientes: “utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que les sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por su función exclusivamente para los fines a que están afectos”, y “vigilar y salvaguardar los bienes e intereses del Estado, responder por su conservación y rendir oportunamente cuentas sobre su utilización”.

De lo expuesto resulta palmario que el reproche de la censora es infundado, pues si bien su asistido no tenía materialmente a su cargo los bienes o dinero de FONCOLPUERTOS, lo cierto es que dentro de su ámbito funcional le correspondía elaborar las liquidaciones con base en las cuales finalmente se emitían las resoluciones por cuyo medio se ordenaba el pago de las acreencias establecidas en las providencias judiciales a cargo de la nación, esto es, su actividad en la administración pública sí tenía injerencia en la disposición del dinero de la entidad, sin que resultara imprescindible para efecto de adecuar la conducta al tipo penal del delito de peculado por apropiación que mantuviera contacto directo con el referido dinero estatal, pues el artículo 397 del estatuto

punitivo exige que la relación jurídica entre el autor y el bien tenga lugar, no sólo “por razón” de sus funciones, sino también, “con ocasión” de ellas, como sucede en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el delito de prevaricato por acción, en el cual es necesario que el servidor público cuente con la facultad constitucional, legal o reglamentaria de expedir resoluciones o dictámenes.

En consecuencia, el cargo no prospera.

4. Cuarto cargo: Violación del derecho a la igualdad del procesado PEREA MEDRANO.

Como con acierto lo señala la Procuradora Delegada, en la presentación de esta censura la demandante no identifica la causal de casación en la cual fundamenta su reclamo, y adicional a ello, tampoco precisa si la presunta vulneración recayó sobre el derecho de defensa, el debido proceso o la competencia de los funcionarios judiciales que intervinieron en el curso de la actuación.

Adicional a lo anotado se tiene que resulta inconsistente tanto el argumento de la censora como su pretensión, pues obligado se impone destacar que no existe un derecho a la impunidad, como para exigir que si el autor o partícipe de un comportamiento delictivo no fue sancionado, tal condición debe hacerse extensiva a otros involucrados en la comisión del delito.

Sin duda alguna, una tal forma de razonar trastocaría no solo los postulados que legitiman el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, sino que a la vez desvanecería la confianza de las personas en las autoridades administradoras de justicia, habida cuenta que en lugar de ocuparse de la sanción de los infractores de la ley penal, se dispondrían a aplicar con criterios igualitaristas el mal entendido derecho a la impunidad que pretende la censora.

Por tanto, el cargo no prospera.

CUESTIÓN FINAL

Habida cuenta que con ocasión del tránsito legislativo de la normatividad penal, los sentenciados pueden eventualmente tener derecho a que se redosifique la pena impuesta en aplicación del principio de favorabilidad, considera la Sala que al no ser casado el fallo impugnado y cobrar ejecutoria la decisión de condena, compete al Juez de Ejecución de Penas pronunciarse sobre ello.

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,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Salvamento parcial de voto

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento parcial de voto

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

Salvamento parcial de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

Salvamento parcial de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la posición de mayoría, nos permitimos consignar las razones de nuestro disentimiento respecto de un punto de la presente sentencia.

Si bien compartimos las declaraciones del fallo en cuanto decide no casar la sentencia con fundamento en los cargos postulados en la demanda, somos del criterio que en dicho pronunciamiento la Corte ha debido ejercer su facultad oficiosa conferida por el artículo 216 del Estatuto Procesal, a fin de declarar la ineficacia parcial de lo actuado por indebida calificación jurídica de la conducta relacionada con la imputación del delito de prevaricato por acción y adoptar las demás decisiones inherentes a dicha determinación.

En el curso de los debates orales en el seno de la Sala, expusimos sin ambages compartir parcialmente las consideraciones plasmadas en la ponencia inicial para dar respuesta al segundo cargo postulado por el censor, toda vez que éste no reprocha la validez de las pruebas o su valoración por parte de los falladores de instancia, sino que, por el contrario, orienta su labor a demostrar cómo ellos no corresponden a la definición típica para el delito de prevaricato por acción.

Y no obstante que el casacionista se quedó corto en la postulación del reproche y ello lo llevó a equivocarse en la selección del motivo de casación que aduce, toda vez que apenas sugirió la errónea calificación de la conducta, denunciable al amparo de la causal tercera, e intentó desarrollar la censura en la forma y términos establecidos para la causal primera, es lo cierto que a nuestro modo de ver el error noticiado encuentra respaldo en la actuación, sólo que la solución propuesta en la demanda, la cual encontró eco en la ponencia derrotada, no era en manera alguna la absolución por dicho concepto sino la de declarar la ineficacia parcial de lo actuado en relación con éste.

Si bien quedó demostrado que el procesado SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO se desempeñó como liquidador en el área jurídica de FONCOLPUERTOS, y en dicha condición elaboró una liquidación a favor de Robinson Rafael de la Rosa Domínguez, presuntamente apoyada en el fallo proferido el 7 de octubre de 1996 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla por la suma de \$ 34. 619.399,31, que finalmente fue conciliada mediante Acta No. 54 del 3 de abril de 1998 en \$34.600.000.00, cuyo reconocimiento fue ordenado a través de la Resolución 0469 del 6 de abril de esa misma anualidad, resulta claro que no podía responder como autor, coautor o autor mediato del punible de prevaricato activo, precisamente por no ostentar la cualificación especial exigida en el tipo ya que carecía de la “capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes” como tinosamente se indicó en la ponencia derrotada por la mayoría.

Acorde con lo que la actuación revela, los fallos de instancia declararon probado que el procesado PEREA MEDRANO indujo en error al Director de FONCOLPUERTOS para que éste emitiera la resolución manifiestamente contraria al ordenamiento. De ello la mayoría concluye que aquél actuó a título de determinador del delito de prevaricato por acción sin percatarse que una cosa es la inducción para lograr que otra realice material y directamente la conducta definida en un tipo penal, y otra totalmente distinta la inducción en error con dicho propósito, pues en este evento

no se hace nacer en otro la idea criminal ya que no constituye relación intersubjetiva idónea y eficaz propia de la determinación.

A nuestro criterio, acertó entonces la ponencia derrotada por la mayoría, al señalar que “a diferencia de la relación persona-instrumento que se presenta entre autor mediato y ejecutor, la cual conduce a la responsabilidad penal del primero y a la irresponsabilidad del segundo, la relación determinador y autor material (determinado) corresponde a una relación persona-persona, en cuanto tienen conocimiento de la entidad delictiva del comportamiento, circunstancia que los hace a ambos responsables penalmente, y que por tanto, excluye, entre otras hipótesis, la inducción en error del determinador sobre el autor material”.

Esto no significa, sin embargo, que por haber desaparecido la tipicidad del comportamiento del autor de la resolución contraria a la ley, dado que el delito de prevaricato por acción no admite la modalidad culposa, pueda llegar a considerarse que el actuar de PEREA MEDRANO resulte asimismo atípico, toda vez que por razón del principio de especialidad, según el cual resulta aplicable la disposición que defina de manera más clara y precisa el comportamiento realizado, en este evento, como se indicó por el Procurador Delegado sin que mereciera ninguna respuesta de parte de la Sala, “se identifica, más bien, con la hipótesis del fraude procesal, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle por el uso del documento público falso, punible éste frente al que, no sobra decirlo, tanto la Fiscalía como los Jueces de primer y segundo grado guardaron total hermetismo”.

Entonces, si en el delito de fraude procesal se sanciona al que “por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley”, como fue lo realizado en este caso por el señor SHERMAN JAVIER PEREA MEDRANO, se declaró por los juzgadores de instancia y la Sala lo reconoce, la decisión en sede extraordinaria no podría ser otra que la de declarar la

ineficacia de lo actuado por errada calificación de la conducta, toda vez que la disposición aplicable al caso es ésta y no la que define la determinación en el delito de prevaricato.

Con el criterio de la mayoría, en nuestra opinión se produce una derogatoria tácita del tipo penal que define el delito de fraude procesal, pues en el contexto de la decisión resultaría inaplicable cuando el autor del comportamiento induce en error a un servidor público para que éste profiera sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Son estos breves razonamientos los que nos obligan a separarnos de la decisión mayoritaria, sin perjuicio de advertir que cuando sea del caso nos permitiremos ampliar nuestro pensamiento acerca de los eventos en que el delito de fraude procesal encuentra realización, esto es, aun por fuera del ámbito en que se tramita un proceso judicial o administrativo de carácter formal, y puede llevarse a cabo incluso por personas que no se hallan atadas a la suerte del mismo, pues estos aspectos no constituyen presupuestos de la tipicidad, como en sentido contrario se defiende por algún sector de la doctrina.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MAGISTRADO

MAURO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

fecha ut supra.

- 1 Sentencia del 8 de julio de 1999. Rad. 14573. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- 2 Sentencia C-563 de octubre 7 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.
- 3 Folio 95. C. original 3.
- 4 Folio 188. C. original 3.
- 5 Folio 194. C. original 3.
- 6 Folio 161. C. original 5.
- 7 Folio 117. C. original 7.
- 8 Folio 241. C. original 7.
- 9 Folio 242. C. original 7.
- 10 Folio 76 C. original Tribunal.
- 11 Auto del 12 de marzo de 2001. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otros.
- 12 Auto de Segunda Instancia del 1º de diciembre de 1983. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía.
- 13 Ver, entre otras, sentencias de casación del 29 de octubre de 1993, 20 de junio de 1994 y de segunda instancia del 15 de diciembre de 1999, citadas por el doctor Jorge Córdoba Poveda en sentencia de casación del 3 de abril de 2000.
- 14 Sentencia del 14 de septiembre de 2003. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón. Rad. 20.943.

15 Sentencia del 15 de junio de 2000. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Rad. 12372.

16 Sentencia del 6 de marzo de 2003.