

Proceso No 29463

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. ALFREDO GOMEZ QUINTERO Aprobado acta

No. 219

Bogotá D. C., seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor Público de RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA y por el Procurador Judicial Penal contra la sentencia del primero (1º) de agosto de 2007, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó y modificó el fallo condenatorio proferido el 18 de octubre de 2006 por el Juez Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá en el que, además fue procesado el señor Salvador Atuesta Blanco (no recurrente en casación).

La sentencia de primera instancia condenó a SALVADOR ATUESTA BLANCO por dos conductas de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y lo sentenció a la pena principal de 140 meses de prisión y multa en cuantía de seiscientos diez millones trescientos mil (\$610.300.000) pesos e inhabilitación de derechos públicos por diez (10) años y de funciones públicas de manera intemporal en aplicación del artículo 122 de la [Constitución Política](#). (página 58 del fallo).

A RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA lo sentenció como determinador de tres conductas de peculado por apropiación agravado (artículo 133 del Decreto 100 de 1980), coautor de

“pluralidad de imputaciones” de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso (artículo 287 y 290 de la Ley 599 de 2000) y concierto para delinquir (artículo 186 del Decreto 100 de 1980), cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo, a la pena principal de 115 meses de prisión y multa de mil ciento cuarenta y nueve millones doscientos mil (\$1.149.200.000) pesos e inhabilitación de derechos y de funciones públicas por igual término de la condena.

En relación con la indemnización de perjuicios, sentenció de manera solidaria a los procesados al pago de indemnización de perjuicios en cuantía de seiscientos diez millones trescientos mil (\$610.300.000) pesos “suma que resulta de lo pagado en virtud de las resoluciones números 410 y 411, ambas del 6 de abril de 1998”. (Página 59 de la sentencia) y de manera individual a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA a pagar la suma de quinientos treinta y ocho millones novecientos mil (\$538 900 000) pesos, “resultante de lo pagado con ocasión de la resolución No. 1495 del 8 de mayo de 1998”. (Página 59 de la sentencia). Cantidades que deberán pagar a órdenes del Ministerio de Protección Social, entidad que se constituyó como parte civil.

Además les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de prisión efectiva por prisión domiciliaria.

El Tribunal –en sala mayoritaria- modificó la sentencia en los siguientes sentidos (relevantes para el recurso extraordinario):

“Tercero: Declarar inexistente la variación de la calificación jurídica realizada por la Fiscalía en audiencia pública, ante la falta de motivación fáctica y jurídica.

Cuarto: Revocar el numeral segundo de la sentencia recurrida y en su lugar absolver a SALVADOR ATUESTA BLANCO del punible de peculado culposo por el que fue acusado en la resolución de acusación por la fiscalía General de la Nación.

Quinto: Revocar la condena que por concepto de daños y perjuicios se impuso a SALVADOR ATUESTA BLANCO en el numeral sexto de la sentencia recurrida.

Sexto: Modificar el numeral tercero de la sentencia recurrida en el sentido de condenar a RAINER CUETO ACUÑA a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión y multa equivalente a seiscientos cincuenta mil (\$650 000) pesos, por haber sido hallado penalmente responsable de los delitos de concierto para delinquir, falsedad material de particular en documento público agravada por el uso y estafa agravada, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo, bajo las condiciones de tiempo, modo y lugar consignadas en la motivación del fallo. La multa deberá ser cancelada a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura.

Séptimo. Modificar el numeral cuarto de la sentencia recurrida en el sentido de imponer de conformidad con el artículo 44 del C.P., al sentenciado RAINER CUETO ACUÑA la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

Octavo: Modificar el numeral sexto de la sentencia recurrida y en su lugar condenar en forma solidaria a RAINER CUETO ACUÑA respecto de las resoluciones que han dado lugar a la condena de indemnización de perjuicios.

Noveno. En firme el fallo recurrido, comunicar a las autoridades encargadas de la decisión adoptada frente a SALVADOR ATUESTA BLANCO a fin de que se cancelen los pendientes que existan en contra del mismo por la presente causa.

Décimo. Confirmar la sentencia en los demás aspectos recurridos”1.

HECHOS

Los hechos que motivaron la presente investigación, fueron puestos en conocimiento

de la Fiscalía por investigadores del C.T.I., quienes dieron cuenta de irregularidades presentadas en el trámite de procedimientos que finalizaron con el pago de grandes sumas de dinero por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con fundamento en las resoluciones No. 410 y 411 del 6 de abril de 1998 y 1495 del 8 de mayo de 1998 proferidas (las dos primeras²) por el señor SALVADOR ATUESTA BLANCO en su condición de Gerente liquidador del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia a favor de los apoderados Eladio Martínez de la Hoz y Esperanza Escorcia.

Como consecuencia de esas resoluciones, la empresa estatal, mediante actas de conciliación números 32 del 3 de abril de 1998 y acta de conciliación número 055 del 23 de abril de 1998, concilió las obligaciones por cuantías de \$610 300 000 y \$538 900 000 respectivamente, sumas que se pagaron a través de títulos de tesorería TES clase B del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, figurando como beneficiarios los ex trabajadores Rafael Padilla Y Pedro Angelo Flórez de las dos primeras y Santander Del Castillo Baena Y Elías Adechine Pardo de la última. (véase página 11 de la sentencia de primera instancia).

El pago de tales rubros se gestionó gracias a mandamientos de pago y sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla en contra de Foncolpuertos, instrumentos de los que posteriormente se pudo establecer su falsedad, pues con la inspección judicial realizada se determinó que “los procesos que le dieron supuesto origen no existían”.

En ese engranaje doloso conformado para defraudar el patrimonio de la empresa participó el señor RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA quien “se dedicaba a hacer las sentencias judiciales y mandamientos de pago ficticios para ser entregados a Eladio Martínez para su cobro ante Foncolpuertos”. (Cfr. Sentencia de primera instancia, página 4).

ANTECEDENTES

La Fiscalía Quince Delegada de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública profirió resolución de acusación el 5 de abril de 2002 contra RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA por los delitos de concierto para delinquir, falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, estafa agravada y fraude procesal³ en concurso homogéneo y heterogéneo.

Contra SALVADOR ATUESTA por profirió resolución de acusación por peculado culposo.

La Fiscalía 46 Delegada ante el Tribunal de Bogotá confirmó la acusación el 11 de agosto de 2003.

En la fase del Juicio, en la sesión de audiencia pública del 12 de abril de 2005(4), la Fiscalía varió la calificación jurídica de la conducta imputada a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA de la siguiente manera: la conducta de estafa agravada la modificó por peculado por apropiación en condición de determinador; la conducta de fraude procesal la modificó por prevaricato por acción.

Igualmente, varió la calificación jurídica de la conducta imputada a Salvador Atuesta, de peculado culposo a peculado por apropiación (doloso) en calidad de autor.

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá profirió sentencia condenatoria el 18 de octubre de 2006. (fls. 125 - 188 / Cuaderno original número 8 del juicio).

El 1º de agosto de 2007 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá modificó la sentencia en los términos ya señalados. (fls. 22 - 61 / 32).

La impugnación extraordinaria fue admitida por auto del 1º de abril de 2008 (fl. 5) y el

pasado 29 de julio de 2008 el señor Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal rindió el concepto (Fls. 20 - 48 / cuaderno de la Corte).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1) El Juzgado:

Condenó a SALVADOR ATUESTA BLANCO y a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA en síntesis, porque encontró que el primero, en su condición de Gerente liquidador de la empresa Puertos de Colombia contribuyó de manera dolosa a la apropiación de dineros públicos mediante el mecanismo de expedir las resoluciones de reconocimiento y pago de prestaciones sociales mediante reclamaciones irregulares, con documentación falsa que elaboraba el segundo, y que servían de soporte a las reclamaciones ilegales y exorbitantes de dineros públicos a favor de terceras personas, en razón a que no existían procesos judiciales de reconocimiento de prestaciones sociales.

“La intervención de los representantes de Foncolpuertos aquí investigados (SALVADOR ATUESTA y RAINER CUETO) se dio con motivo de la vinculación con la entidad en calidad de director general... quienes pese a la supuesta revisión rigurosa que realizaban de todos los trámites y documentos, avalaron los irregulares procedimientos que precedieron los millonarios pagos, hecho que los compromete en modalidad dolosa porque lo permitieron deliberadamente al dispensar su visto bueno. Y tenían la disponibilidad material y / o jurídica sobre las sumas de dinero objeto de la erogación” (Sentencia de primera instancia, página 4)

2) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En parcial acuerdo con las motivaciones del fallo de primera instancia reconoció que, al menos CUETO ACUÑA formaba parte de una organización criminal que tenía como objetivo principal tramitar y obtener pagos irregulares de acreencias laborales

inexistentes (al menos parcialmente) generadas con ocasión de prestaciones sociales entre personas naturales y la Empresa.

Entre las conductas objeto del concierto estaba la falsificación de sentencias y mandamientos de pago que posteriormente eran incorporados dentro de reclamaciones administrativas que originaban conciliaciones y finalmente el pago de cuantiosas sumas de dinero.

Cada uno de los miembros de la empresa criminal cumplía una labor en el desarrollo de las actividades propuestas. RAINER CUETO era el encargado de realizar todos los trámites.

En cuanto a SALVADOR ATUESTA encontró que, si alguna actividad ilícita realizó, lo hizo por haber confiado en la gestión de los subalternos de la empresa quienes –según el fallo- eran los directos encargados –y no el Gerente- de controlar el proceso del reconocimiento de las prestaciones sociales al interior de la empresa. Lo absolvió por peculado culposo y ordenó cancelar el antecedente.

LA IMPUGNACION

1) Demanda presentada por el defensor público de RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA

Cargo primero: Nulidad por violación del debido proceso. Prescripción de la acción penal en relación con la conducta de concierto para delinquir en la fase del sumario.

Recordó el libelista que el procesado fue acusado por concierto para delinquir de conformidad con el inciso primero del artículo 186 del Decreto 100 de 1980 modificado por el artículo 8 de la ley 365 de 1997 y advirtió que se trata de una conducta instantánea. Por manera que, de conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena

establecida para la conducta punible que en el caso es de seis años que cumplieron con anterioridad a la fecha en que cobró ejecutoria la acusación (el 11 de agosto de 2003).

Cargo segundo: Nulidad por violación del debido proceso – No se definió la situación jurídica del imputado

Señala el censor que el sindicado fue vinculado a la investigación por el mecanismo de la declaratoria de persona ausente el 30 de junio de 1999 y que inexplicablemente no se le definió la situación jurídica como lo mandaba –de manera obligatoria- el artículo 387 del decreto 2700 de 1991 que era el procedimiento aplicable para aquel momento, con la consecuente violación de garantías procesales y defensivas, en la medida que no le fue posible planificar la defensa porque no se enteró de los cargos, no apreció las pruebas en su contra, no le fue posible proyectar una estrategia defensiva ni tuvo la oportunidad de acogerse a una sentencia anticipada con anterioridad a la acusación, inclusive a la introducción de las modificaciones desventajosas que se le hicieron en el juicio.

Por ello, la Corte debe casar la sentencia y decretar la nulidad desde el momento en que debió definirse la situación jurídica para salvaguardar el debido proceso y las garantías de la defensa.

2) Demanda presentada por el Procurador Judicial Penal

Cargo primero: Interpretación errónea del artículo 404 del C. de P.P. (Ley 600 de 2000)

Con este reparo, el Procurador Judicial penal pretende demostrar que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 en lo referente a las consideraciones sobre la posibilidad de la fiscalía en la fase del juicio para introducir modificaciones a la calificación jurídica de la conducta.

Precisó el libelista que en la sesión de audiencia pública de juzgamiento del 12 de abril de 2005, el Fiscal Delegado manifestó la necesidad de variar la calificación jurídica contenida en la resolución acusatoria el 5 de abril de 2002, y que las variaciones a la calificación se hicieron respetando al hilo las condiciones del artículo 404 del C. de P.P. y la interpretación que la jurisprudencia ha hecho sobre la manera de modificar los cargos en la fase del juicio⁵.

En suma, precisó el recurrente que las modificaciones a la resolución de acusación hechas en el juicio respetaron la imputación fáctica, pues sólo se modificó la calificación jurídica provisional, el fiscal no extralimitó el núcleo fáctico esencial de la calificación, sólo modificó -para agravar- la imputación jurídica que sigue siendo provisional tanto en la calificación como en las modificaciones que la fiscalía hace en el juicio.

Precisó igualmente que la modificación a la calificación tuvo su fuente en la apreciación de la “prueba antecedente” y que por ello la variación de la acusación obedece a un error en la calificación jurídica de la conducta, que el fiscal utilizó la modificación de la imputación para hacer más gravosa la situación del procesado porque en la etapa de juzgamiento la fiscalía conserva su función acusadora.

Precisó el libelista que la variación de calificación se estableció, precisamente, para permitir agravar la calificación jurídica inicial y que, al hacerlo, la fiscalía no desconoció derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso y recordó que el juez, a favor de la garantía del derecho de defensa, otorgó a los procesados la oportunidad de modificar la estrategia defensiva, todo ello de conformidad con el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, pues, suspendió las diligencias y abrió nuevamente etapa probatoria.

Así, concluyó que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal cuando declaró inexistentes las modificaciones (para agravar la

imputación) que introdujo la Fiscalía en la audiencia de juzgamiento y por ello aboga porque se mantenga la sentencia de primera instancia que condenó, respetando el principio de congruencia, por las conductas cuya imputación se introdujo en la variación de la calificación jurídica en la fase del juicio.

Cargo segundo. Falso razonamiento

Esta censura está orientada a obtener la condena de SALVADOR ATUESTA BLANCO (absuelto en segunda instancia).

Afirma el recurrente que el Tribunal absolvió a SALVADOR ATUESTA BLANCO porque consideró que su labor como Director de Foncolpuertos estaba en el mismo plano que la de un “convidado de piedra” conminado a aprobar con su firma todo documento que sus asesores jurídicos validaran.

Soslayó el Tribunal que el procesado ATUESTA BLANCO se desempeñó como Director (Gerente) de la empresa en liquidación entre el 2 de febrero y el 25 de agosto de 1998, y que las resoluciones que ordenaron irregular y desorbitadamente el pago de acreencias laborales a favor de exfuncionarios de la empresa son del 6 de abril y 8 de mayo de 1998, es decir, cuando era el director de la entidad pública.

De esta forma, el gerente general de la empresa no podía alegar exceso de confianza en relación con María Isabel Olarte (la Secretaria General) y con Casio Alberto García (el Jefe de la Oficina Jurídica) a quienes conocía hacía poco tiempo dada la fecha en que ingresó a la entidad, porque su cargo de director general “le obligaba tener conocimiento de sus responsabilidades por lo que sus actuaciones debió ejecutarlas con conciencia y voluntad libres”.

No obstante ello, el procesado suscribió las resoluciones números 410 y 411 de 1998 mediante las cuales ordenó el pago de dinero a exportuarios en cuantía superior a los

seiscientos millones de pesos, cuyo sustento se realizó con providencias judiciales espurias que no fueron objeto de verificación alguna, pese a que era de su responsabilidad verificar que se acreditaron los requisitos para ordenar el pago, porque la naturaleza del cargo -relacionado con la guarda y manejo de bienes del Estado en la liquidación de la empresa- se lo imponía.

Por manera que no es razonable alegar en defensa que “no tenía conocimiento de la falsead de los documentos y que tampoco estaba dentro de sus funciones verificar la autenticidad”, porque tal excusa penetró increíblemente en los límites del absurdo y de lo ridículo.

Las irregularidades en la documentación que soportó los pagos eran evidentes y podían ser advertidas con un mínimo de conocimiento y atención, pues, mientras en unos se indicaba que el fallo que ordenó el pago fue proferido por el Juzgado 4º. Laboral de Barranquilla, en otros actos administrativos se indicaba que fue ordenado por el Juez de Cartagena; además, en relación con Rafael Padilla (uno de los beneficiarios de las resoluciones 410 y 411), el número de la cédula que se consignó en la resolución de liquidación, en el acta de audiencia de juzgamiento del juzgado y en el mandamiento de pago y en el oficio que comunicó el mandamiento de pago no coincidía con el dato real de identificación.

Por modo que, por tratarse de la disposición de una cuantiosa suma de dinero del Estado, no podía -el Gerente General- alegar que lo autorizó por “cúmulo de trabajo” y que no advirtió el yerro, porque le era imperioso confrontar los datos del beneficiario para evitar la apropiación ilícita de fondos públicos de los que era garante en virtud del cargo.

No obstante, a soslayo de sus obligaciones de funcionario del Estado, ordenó el pago irregular de las reclamaciones laborales a favor de Rafael Padilla y Pedro Angulo Florez,

permitiendo con ello la apropiación del dinero del Estado, pues autorizó en las resoluciones cuestionadas que se pagaran dineros públicos por parte del Ministerio de Hacienda, con títulos de tesorería TES Clase B, a Esperanza Escorcia “que ni siquiera era realmente la apoderada de los exportuarios”.

En esas condiciones, esas irregularidades no pueden calificarse –como lo hizo el Tribunal– como simples actos de confianza o de negligencia sino como una contribución dolosa en la ejecución de una defraudación al patrimonio del Estado, pues... “el directivo no estaba realizando una labor ornamental” sino que fue designado por el Gobierno Nacional para desempeñar unas tareas complejas que exigían destacados méritos intelectuales y académicos”.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se funda en que el procesado tenía funciones legalmente impartidas de pagar acreencias, que para pagar se requería agotar un procedimiento administrativo, que ATUESTA BLANCO no conoció que los soportes documentales que respaldaban la solicitud eran falsos, que dentro de sus funciones no estaba verificar la autenticidad de los soportes, pues, fue inducido en error para que proferiera las resoluciones (números 410,411 y 1495 de 1998) mediante las que ordenó cancelar obligaciones inexistentes.

Por todo ello, sostiene el libelista que la manera de razonar el Tribunal es “perfectamente errática”, incongruente con la sana crítica y que de ninguna manera se puede prohijar la tesis de la delegación de funciones porque ello “raya en lo absurdo”.

Solicitó casar la sentencia y “convalidar” el fallo de primera instancia que condenó a ATUESTA BLANCO por peculado por apropiación.

Cargo tercero: Indebida selección del tipo de estafa agravada y exclusión evidente del tipo de peculado por apropiación (artículo 397 de la ley 599 de 2000; artículo 133 del Decreto 100 de 1980 modificado por el artículo 19 de la L. 190 de 1995) en condición

de determinador.

Esta censura está orientada a obtener la condena de RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA por peculado por apropiación en condición de determinador.

Dice el recurrente que comparte el fallo de condena emitido por el Tribunal en contra de RAINER CUETO, excepto en lo atinente a la tipificación de la conducta como estafa agravada, en la medida que debió tenerse en cuenta la variación de la calificación jurídica por el Fiscal en la audiencia pública y emitir condena por el punible de peculado por apropiación en calidad de determinador, como lo hizo el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión, sencillamente porque “resultaba imperativo hacer énfasis en torno a la concepción de patrimonio público en perjuicio de la Administración Pública como bien jurídico tutelado”.

Erró el Tribunal cuando sostuvo que se falsificaron documentos como un artificio o engaño para inducir en error al servidor público y obtener provecho ilícito, precisamente derivado del juicio equivocado de aquél. A partir de ello, dedujo una estafa, en concurso con fraude procesal (ya prescrito), no obstante que se trataba de dineros públicos.

De este modo, se dan los elementos normativos del tipo de peculado y no los de estafa, pues fue precisamente CUETO ACUÑA quien, como asistente de la abogada Esperanza Escorcía presentó los documentos espurios a la entidad con el fin de reclamar el pago irregular que fue reconocido mediante las resoluciones de Foncolpuertos a favor de ilegítimos beneficiarios, tal como se declaró en las sentencias de primera y segunda instancia y se reflejó -como lo reconocieron los juzgadores- en los movimientos de su cuenta bancaria que para nada se concilian con los haberes de un asistente de abogado.

Por suerte que su conducta se adecua al tipo de peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de determinador porque se demostró que su labor como asistente de la Abogada facilitó el cobro de cuantiosas sumas irregularmente reclamadas a la

empresa en liquidación -Foncolpuertos-, gracias a la validación irregular de los empleados de la entidad, aunque el procesado no tuviese disponibilidad de los fondos públicos, pues, el elemento disponibilidad no es exclusivo del servidor oficial, en la medida que prestó su aporte a la conducta del funcionario⁶.

Solicitó casar la sentencia y mantener la condena por peculado (en condición de determinador), tal como la profirió el Juzgado de primera instancia.

ALEGACIÓN DE NO RECURRENTES

1) EL DEFENSOR DE SALVADOR ATUESTA BLANCO

Mediante documento del 25 de marzo de 2008 se refirió a la impugnación del procurador Judicial.

Alegó que la conducta de peculado culposo por la que fue objeto de absolución en el fallo del Tribunal está prescrita.

Manifestó su conformidad con la acusación de la fiscalía, confirmada en segunda instancia, pero se opuso a las variaciones que el fiscal introdujo en el juicio y expresó que por favorabilidad y por respeto al principio de legalidad se debía mantener la original acusación sin modificaciones.

En relación con el segundo cargo de la demanda sostuvo que el libelista no aludió a qué pruebas fueron erróneamente apreciadas y centró el ataque en consideraciones genéricas que en nada confrontan la argumentación del Tribunal e insistió que la imputación -por peculado culposo- compartida por el procurador judicial que participó en la fase de la investigación es la que se debe tener en cuenta para proferir la sentencia.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el concepto, significativamente desatinado, se refirió a cada una de las censuras propuestas en las dos demandas y sugirió que ninguna debe prosperar.

La Sala hará referencia a la respuesta del Delegado al contestar cada cargo; no obstante, de modo general es destacable que criticó la técnica de la fundamentación de las demandas y señaló que el demandante (específicamente el representante de la Procuraduría) fijó su criterio personal frente a la posición del sentenciador de segundo grado en relación con la manera como el Gerente de la empresa en liquidación ordenó el pago de dinero a Exportuarios.

En síntesis, afirmó que... “la técnica propuesta por el demandante no lleva a demostrar los errores en que incurrió el sentenciador de segundo grado ni desarrolló el principio de trascendencia”.

Pidió no casar la sentencia.

LA CORTE CONSIDERA

La Sala recomienda al señor Procurador Segundo Delegado para la casación penal el deber de priorizar el concepto cuando se trata de conductas próximas a prescribir, además, la necesidad de hacer referencia en el documento a las alegaciones de los no recurrentes en aras a saber cuál es el parecer del Ministerio Público en esa materia.

Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver los recursos extraordinarios de casación propuestos por los impugnantes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, sin perjuicio del poder oficioso que le confiere el artículo 216 en concordancia con el artículo 206 y el numeral tercero del artículo 207 ib. Y sin perjuicio de la posibilidad de reformar la sentencia en peor, bajo el supuesto de que uno de los recurrentes es el

representante del Ministerio Público (artículo 215 ib.).

1) Demanda presentada por el defensor público de RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA

Cargo primero: Nulidad por violación del debido proceso. Prescripción de la acción penal en relación con la conducta de concierto para delinquir en la fase del sumario.

Razón le asiste al Delegado al señalar que el concierto para delinquir (artículo 186 del Decreto 100 de 1980 modificado por el artículo 8 de la ley 365 de 1997) es una conducta de ejecución permanente y no de ejecución instantánea como lo alegó el libelista, pues, el comportamiento supone ilícitos acuerdos para ejecutar acciones delictivas que persisten en el tiempo⁷ y en este caso, defraudar al fondo pasivo de la empresa Puertos de Colombia era el objetivo propuesto de manera permanente por los complotados.

En ese orden, no sólo presentaron reclamaciones ante la empresa sino que simulaban acciones judiciales inexistentes, falsificaron documentos, simulaban conciliaciones, presentaron reclamaciones, etc. hasta obtener resoluciones de reconocimientos de prestaciones sociales inexistentes y recibieron pagos ilegales mediante audiencias de conciliación con la empresa.

El máximo de la pena prevista en el Decreto 100 de 1980 (que era la norma vigente al momento de la ejecución del comportamiento) era de seis (6) años, tiempo previsto para la prescripción de la acción penal en la fase del sumario de conformidad con el inciso primero del artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Siendo ello así, el procesado orientó su actividad –concierto para delinquir- a obtener el reconocimiento de unas acreencias dinerarias por conceptos de prestaciones sociales de ex empleados de la empresa Puertos de Colombia, y finalmente, dentro de esa conducta

ilícita (concierto) obtuvo que la empresa reconociera prestaciones sociales mediante resoluciones del 6 de abril de 1998 y 8 de mayo de 1998 proferidas por el Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, que con posterioridad concilió, mediante actas números 32 del 3 de abril de 1998 y número 055 del 23 de abril de 1998 que luego cobró a través de títulos de tesorería.

En síntesis, por ser una conducta de ejecución permanente, el término de prescripción de la acción penal empieza a contabilizarse realmente a partir del último acto que materializa el concierto para delinquir, que en este caso sería la fecha en que la entidad pública materializó los pagos a través de los títulos de Tesorería, pues si el objeto del concierto era apropiarse de fondos públicos, fue en ese momento en el que el comportamiento (fin del concierto) fructificó.

Lo perceptible es que los seis años no se habían cumplido ni siquiera si se contabilizara como fecha del concierto la de las resoluciones que ordenaron los pagos, pues, el límite sería el 5 de abril de 2004.

No obstante, la prescripción de la acción en la fase del sumario se interrumpió el 11 de agosto de 2003 cuando la Delegada ante el Tribunal confirmó la acusación.

No prospera la censura.

Cargo segundo: Nulidad por violación del debido proceso - No se definió la situación jurídica del imputado

Recordó el libelista que el señor CUETO ACUÑA fue vinculado a la investigación mediante declaratoria de persona ausente el 30 de junio de 1999 y que inexplicablemente no se le definió la situación jurídica, siendo obligatorio de conformidad con el artículo 387 del decreto 2700 de 1991 que era el procedimiento aplicable en aquel momento. En suma, la fiscalía clausuró la investigación y calificó el sumario violando garantías

procesales y defensivas porque a la defensa no le fue posible dimensionar la imputación.

Responde la Sala:

Con ocasión de la derogatoria del Decreto 2700 de 1991 y la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000, vigente a partir del 25 de julio de 2001), se presentaron múltiples alegaciones en el mismo sentido, pues a partir de esa época la Fiscalía omitió definir situación jurídica en los casos de adecuación de los procesos al nuevo trámite de la Ley 600.

De manera uniforme la Jurisprudencia de la Sala resolvió aquellas inquietudes en el sentido de que no se vulneraban los artículos 387-388 (Decreto 2700/91) ni los artículos 354-357 (Ley 600/00), porque se estaba ante normas procesales y no sustanciales, en la medida que la situación jurídica era una definición con carácter “provisional y probable que no podía catalogarse como definitiva o última”, y por ello afirmó la tesis de que la omisión de valorar la situación del sindicado jurídica en el curso del sumario no impediría que válidamente se hiciera luego de clausurada la investigación, de manera que la irregularidad derivada de la inobservancia del inciso 1° del artículo 438 del C. P. P. “carecería de la sustancialidad necesaria para que se erija en causal de nulidad”, lo que bien podría haberse aconsejado su eliminación del nuevo estatuto procesal penal, como en efecto ocurrió.

Y no deja de tener razón el Delegado cuando recuerda que, en últimas, la falta de definición de situación jurídica del imputado lo benefició con la libertad provisional, en la medida en que las conductas objeto de investigación (Falsedad material en particular en documento público agravada por el uso, estafa agravada, fraude procesal y concierto para delinquir) eran suficientes para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, luego, “la

irregularidad no fue trascendente”.

No prospera el cargo.

2) Demanda presentada por el Procurador Judicial Penal

Cargo primero: Interpretación errónea del artículo 404 del C. de P.P. (Ley 600 de 2000)

Con este reparo, el Procurador Judicial penal afirma que el Tribunal “interpretó erradamente el artículo 404 de la Ley 600 de 2000” en lo referente a las consideraciones sobre la posibilidad de la fiscalía en la fase del juicio para introducir modificaciones a la calificación jurídica de la conducta.

El Tribunal argumentó que la variación de la calificación jurídica hecha por la Fiscalía incumplió los requisitos de ley respecto a la argumentación fáctica y jurídica y que imperativamente... “no puede ser tomada en cuenta como parte del principio de congruencia en el fallo; en consecuencia, solamente se cuenta con la resolución de acusación frente a la cual obligatoriamente se debió emitir el fallo que finiquitó la primera instancia”.

La Sala responde la censura desde dos perspectivas diferentes:

Primera: El artículo 404 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) no es una norma de naturaleza sustantiva⁹, y por ello, su alegación resulta impertinente al amparo de la violación directa, pues, se trata de un precepto puramente procesal que regula la manera como la fiscalía (que es la titular de la acción penal y de la acusación) puede introducir modificaciones a la formulación de la acusación.

Desde esta óptica, el recurrente (que debió ser la Fiscalía misma porque el fallo desconoce sus derechos como sujeto procesal, no obstante que el Ministerio Público

también tiene legitimidad porque su perspectiva al interior del proceso penal es amplia a la luz del artículo 277 de la Constitución Política) debió proponer la alegación al amparo de la nulidad (por falsa motivación en este caso), con el fin de preservar y de respetar el fuero constitucional que tiene el fiscal de acusar y de introducir modificaciones a la acusación en el juicio.

Segunda: El asunto que hace notar el impugnante no es intrascendente, es ostensible y se involucra directamente con la garantía fundamental de un sujeto procesal -la Fiscalía- de acusar dentro de la órbita de su competencia. Por ello, la Sala casará de oficio la sentencia:

No hay ninguna duda que la Fiscalía, dentro del resorte de su competencia, por ser el organismo titular de la acción penal en la fase instructiva del sumario y de la acusación ante el juez del conocimiento (Artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo número 3 de 2002, artículo 2º) es quien dispone de la acusación en el marco del sistema de enjuiciamiento de la Ley 600; por ello, cuando introdujo variables a la acusación en la fase del juicio lo hizo en su función de titular de la acción penal y titular de la función pública de investigar y de acusar, dentro de los parámetros de la Ley (artículos 393, 395, 397, 398, 404 del C. de P.P.)

Por ello, cuando la fiscalía modificó para agravar la acusación y en razón de ello el juez del conocimiento dispuso el término legal para que los procesados tuviesen la oportunidad de modificar la estrategia defensiva de conformidad con las variaciones introducidas (suspendió las diligencias y abrió nuevamente etapa probatoria), lo hicieron con plena observancia del rito del artículo 404.

Así las cosas, la acusación por la que tiene que proferirse sentencia de mérito ES la que se encuentra establecida en la resolución de la Fiscalía que la materializó mediante la Resolución del 5 de abril de 2002, confirmada en segunda instancia por la

Delegada ante el Tribunal de Bogotá el 11 de agosto de 2003, con las variantes que el fiscal introdujo en el juicio.

No puede el sentenciador (individual o colectivo) declarar la inexistencia de la acusación y tampoco puede declarar la inexistencia de las modificaciones a la acusación, porque acusar no es de su resorte funcional, es una garantía fundamental de uno de los sujetos del proceso: EL FISCAL.

De este modo, el Juez colectivo desbordó la órbita de su competencia cuando motivó falsamente la sentencia y concluyó –por respetable que sea el argumento–, en relación con la variación de la calificación que introdujo la Fiscalía en el juicio que... “dicha variación se declarará inexistente, toda vez que el acto procesal no nació a la vida jurídica por haberse desarrollado sin el lleno de los requisitos fácticos y legales”¹⁰.

Por ello, de manera oficiosa, la Sala casará la sentencia en el sentido de excluir de ella el capítulo titulado “De la variación de la calificación jurídica” que comprende desde el párrafo final de la página 16 hasta el primer párrafo de la página 23.

Ello apareja como conclusión natural la exclusión del numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia objeto del recurso extraordinario.

Cargo segundo. Falso razonamiento

La censura está orientada a obtener la condena de SALVADOR ATUESTA BLANCO por peculado por apropiación¹¹.

Alega el censor que ATUESTA BLANCO no estaba en el mismo plano que la de un “convidado de piedra” conminado a aprobar con su firma todo documento que sus asesores jurídicos validaran, puesto que su cargo de Director (Gerente) de la empresa en

liquidación en esa época le imprimía ejercer efectivo control a las determinaciones que adoptara en relación con el pago de acreencias laborales –exorbitantes- a favor de exfuncionarios de la empresa.

No es dable reconocer en la conducta del procesado el exceso de confianza en relación con la Secretaria General de la entidad ni en relación con otros funcionarios como el Jefe de la Oficina Jurídica, porque el cargo que desempeñaba el funcionario le imprimía el deber de tener conocimiento y ejecutar el dinero público con la prudencia y diligencia que no observó al proferir las resoluciones números 410 y 411 de 1998 que ordenaron el pago en cuantía superior a los seiscientos millones de pesos.

Responde la Sala:

Toda la razón asiste al libelista, en la medida que la disponibilidad jurídica que el funcionario tenía en relación con el dinero público destinado a la liquidación de la empresa Puertos de Colombia le imponía cerciorarse de la legalidad de los pagos, sobre todo si se trataba –como en estos casos- de erogación de significativas sumas de dinero público a favor de personas determinadas y sin contraprestación alguna más allá de una reclamación laboral soportada en documentación cuya autenticidad tenía el deber de corroborar a plenitud porque la función pública se lo imponía como deberes inherentes al cargo de Gerente Liquidador.

Por suerte que, si permitió la apropiación de cuantiosas sumas de dinero del Estado a través de irregulares resoluciones cuyos pagos luego concilió para hacer efectivo el desembolso real por parte del Ministerio de Hacienda mediante títulos de tesorería a favor de una persona (Esperanza Escorcía) que ni siquiera era la apoderada de los reclamantes, naturalmente que intervino dolosamente en la apropiación a favor de terceros de los dineros públicos.

De esta manera, asiste razón al libelista cuando alega que el Gerente de la empresa en

liquidación contribuyó de manera dolosa a la apropiación de fondos públicos a favor de terceros, por cuanto el funcionario –Gerente liquidador- asumió voluntariamente el cargo público que le imponía deberes de aseguramiento y de salvamento en relación con el dinero de la empresa en liquidación.

Ciertamente que el cargo de Gerente liquidador no era estético como lo afirma, con razón, el recurrente. Implicaba desempeñar complejas tareas que exigían de él la dedicación, los méritos intelectuales, académicos y sobre todo, riguroso control de las erogaciones.

De esta forma, el procedimiento administrativo que se debía agotar para la disposición de fondos públicos estaba a cargo del Gerente ATUESTA BLANCO y, sin perjuicio de las responsabilidades individuales, él tenía efectivo control en la disponibilidad de los fondos que dispuso mediante las resoluciones números 410, 411 de 1998 en tanto eran obligaciones inexistentes.

El cargo prospera. La Sala casará la sentencia para condenar –como lo hiciera el Juez de primera instancia- al señor SALVADOR ATUESTA por peculado por apropiación.

Cargo tercero: Indebida selección del tipo de estafa agravada y exclusión evidente del tipo de peculado por apropiación (artículo 397 de la ley 599 de 2000; artículo 133 del Decreto 100 de 1980 modificado por el artículo 19 de la L. 190 de 1995) en condición de determinador

La censura está orientada a que se condene a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA por peculado por apropiación en condición de determinador.

Dice el recurrente que comparte el fallo del Tribunal contra RAINER CUETO, excepto en lo atinente a la tipificación de la conducta como estafa agravada porque debió

tenerse en cuenta que la Fiscalía modificó la calificación jurídica inicial (estafa) por la de peculado por apropiación en calidad de determinador y es por esa conducta por la que se debe emitir la condena.

La sentencia de primera instancia se profirió por Peculado y el Tribunal la revocó sin percatarse de que era imperativo reparar en que no se trató de intervenir (porque no era sujeto activo cualificado) en la apropiación de dineros particulares sino en el apoderamiento del patrimonio público en perjuicio de la Administración Pública.

La Sala responde:

Es acertado el reparo del libelista, pues el elemento normativo que marca la diferencia de cara a la tipificación de la conducta punible radica en que unos son los comportamientos que lesionan el patrimonio económico privado (hurto, extorsión, estafa, fraude mediante cheque, abuso de confianza, defraudaciones, usurpación, daño previstas en el Título XIV del Decreto 100 de 1980) y otros los que afectan la Administración pública desde su doble perspectiva: tanto patrimonial, como de los valores que la orientan (moralidad, transparencia, economía, celeridad, igualdad, imparcialidad, etc.):

El peculado, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito de funcionarios, el prevaricato, los abusos de autoridad, la usurpación y abuso de funciones públicas y los delitos contra empleados oficiales previstos en el Título III del Decreto 100 de 1980 lesionan la administración pública como bien jurídico tutelado por el legislador.

Por manera que si la prueba de la conducta en la que participó CUETO ACUÑA indica que la apropiación se ejecutó sobre dineros de propiedad del Fondo de pasivo de liquidación de la empresa Puertos de Colombia que son de naturaleza oficial, el comportamiento ineludiblemente halla acomodo en los límites del peculado por apropiación a favor de terceros (en condición de determinador¹²) y no en los de la estafa.

Le asiste entonces razón al impugnante cuando reclama la casación de la sentencia a partir de una discusión normativa (en violación directa) que supone aceptar -como lo hizo el juzgador individual y colectivo- que el sentenciado presentó documentos espurios a la entidad con la finalidad de reclamar el pago irregular que fuera reconocido mediante las resoluciones 410, 411 y 1495 de 1998 a favor de ilegítimos beneficiarios.

“Se tiene que el implicado CUETO ACUÑA formaba parte de una organización criminal que tenía como objetivo principal tramitar y obtener el pago de presuntas acreencias laborales generadas con ocasión de extintas relaciones laborales entre personas naturales y la Empresa Puertos de Colombia. Para tal efecto, se falsificaban sentencias y mandamientos de pago que posteriormente eran incorporados dentro de reclamaciones administrativas que originaban conciliaciones y finalmente el pago de cuantiosas sumas de dinero. Cada uno de los miembros de la empresa criminal cumplía una labor en el desarrollo del iter criminis como por ejemplo RAINER CUETO ACUÑA, quien era el encargado de realizar todos los trámites: radicando, entregando correspondencia, etc. pues esa era la misión que se le había encomendado como asistente de Esperanza Escorcia, empero, todos deberán responder por los delitos que para tal fin se confabularon”. (Sentencia del Tribunal, página 30).

El cargo prospera y la Sala casará la sentencia para mantener la condena por peculado (en condición de determinador), tal como la profirió el Juzgado de primera instancia.

3) La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas

No sobra recordar que los sentenciados (ambos), señores RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA y SALVADOR ATUESTA BLANCO lo son por una conducta contra la administración pública (Peculado por apropiación) que afectó el patrimonio del Estado y que en esos

eventos la inhabilitación que opera para el ejercicio de funciones públicas es la prevista en el artículo 122 inciso final de la Constitución Política, como pacíficamente lo tiene establecido la jurisprudencia¹³, sin que tal determinación necesariamente deba estar incluida en el fallo, ni implique violación al principio de reforma peyorativa porque es un tema de reserva política del Constituyente mismo en favor de la configuración de un diseño moral mínimo del Estado.

De suerte que ejecutoriado el fallo lo pertinente es que el juez del conocimiento remita copia auténtica a las autoridades que indica la ley, entre ellas al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, de conformidad con el artículo 38 del Código Penal y con los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1.- CASAR la sentencia del primero (1º) de agosto de 2007 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.
2. DE FORMA OFICIOSA EXCLUIR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia de segundo grado, de conformidad con las consideraciones de la sentencia (respuesta al primer cargo de la demanda que presentó el Procurador Judicial)
3. CONDENAR a SALVADOR ATUESTA BLANCO por dos conductas de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo a la pena principal de 140 meses de prisión y multa en cuantía de seiscientos diez millones trescientos mil (\$610.300.000) pesos e inhabilitación de derechos públicos por diez (10) años y de

funciones públicas de manera intemporal en aplicación del artículo 122 de la [Constitución Política](#).

4) CONDENAR a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA como determinador de tres conductas de peculado por apropiación agravado, coautor de “pluralidad de imputaciones” de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso y concierto para delinquir, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo, a la pena principal de 115 meses de prisión y multa de mil ciento cuarenta y nueve millones doscientos mil (\$1.149.200.000) pesos e inhabilitación de derechos y de funciones públicas por igual término de la condena.

5. CONDENAR de manera solidaria a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA y SALVADOR ATUESTA BLANCO al pago de indemnización de perjuicios a órdenes del Ministerio de Protección Social, en cuantía de seiscientos diez millones trescientos mil (\$610.300.000) pesos “suma que resulta de lo pagado en virtud de las resoluciones números 410 y 411, ambas del 6 de abril de 1998”, tal como lo hiciera el Juez de primera instancia. (Página 59 de la sentencia).

6) CONDENAR a RAINER ENRIQUE CUETO ACUÑA a pagar por indemnización de perjuicios a órdenes del Ministerio de Protección Social la suma de quinientos treinta y ocho millones novecientos mil (\$538 900 000) pesos, “resultante de lo pagado con ocasión de la resolución No. 1495 del 8 de mayo de 1998”, tal como lo hiciera el Juez de primera instancia. (Página 59 de la sentencia).

7) CONFIRMAR el fallo de primera instancia en el sentido de la negación de los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de prisión efectiva por prisión domiciliaria.

4. PRECISAR que la pena de inhabilitación que opera para el ejercicio de funciones públicas para los sentenciados es la prevista en el artículo 122 inciso final de la

Constitución Política.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Permiso

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS
YESID RAMÍREZ BASTIDAS

QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1Es preciso decir que la decisión fue adoptada por los Magistrados Álvaro Weiss Bautista y Diana Aidée Castro Hernández, pues, la Magistrado Carmen Delia Rodríguez Morales salvó el voto.

2Tal como se precisa en el párrafo segundo de la sentencia de primera instancia.

3Se declaró la prescripción de la acción penal por esta conducta (fraude procesal) el 12 de julio de 2004, decisión confirmada el por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá el 17 de septiembre de 2004.

4Fl. 189 / 5.

5CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencias del 17 de octubre de 2005, rad. núm. 23282, en el mismo sentido, auto del 14 de febrero de 2002, rad. núm. 18457; CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C - 1288 del 5 de diciembre de 2001.

6Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 15 de junio de 2005, rad. núm. 23069; en el mismo sentido, sentencia del 09 de mayo de 2003, rad. núm. 16569.

7CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Penal. Proceso 26942, 8 de noviembre de 2007.

8CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, auto del 23 de mayo de 2007, rad. núm. 26706; en el mismo sentido, Sentencia de Casación del 24 de abril de 2001, radicación: 12424.

9Como el tema no admite otra posibilidad interpretativa, recuérdese que “La naturaleza sustancial es predicable de las normas que describen los delitos, las que se refieren a condiciones de punibilidad y a la responsabilidad del procesado, como las que establecen condiciones genéricas o específicas de agravación a atenuación punitiva y las que recogen axiomas del derecho penal como el in dubio pro reo. Por su parte, aquellas que tienden a lograr o definir los elementos contenidos en las primeras, son instrumentales”. véase, entre otras, sentencia de casación del 19 de junio de 2003, rad. núm. 16394.

10Para llegar a esa conclusión, el Tribunal argumentó (de forma respetable) que la fiscalía no observó los presupuestos del artículo 404 del C. de P.P.; sin embargo, el juzgado del conocimiento que celebró la audiencia obró de conformidad con el artículo 404.

11Recuérdese que el Tribunal “declaró inexistente” la variación de la calificación jurídica en el juicio, y sólo tuvo como acusación la proferida en la resolución acusatoria confirmada por la Delegada ante el Tribunal (peculado culposo).

12Bajo el supuesto que no tenía disponibilidad de los fondos públicos y contribuyó –prestó su aporte- a la conducta del funcionario. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 15 de junio de 2005, rad. núm. 23069; en el mismo sentido, sentencia del 09 de mayo de 2003, rad. núm. 16569.

13CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, sentencias del 19/07/2006 rad. núm. 22263; del 10/08/2006, rad. núm. 22289; del 07/09/2006, rad. núm. 23171; del 11/09/2006, rad. núm. 25774, entre otras.