

Proceso No 30816

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado acta N° 374

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

VISTOS

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES contra la sentencia del 7 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la cual decretó a favor del procesado la cesación de procedimiento por las conductas punibles de concierto para delinquir, fraude procesal y falsedad ideológica en documento público, al tiempo que lo absolvió por los comportamientos punibles de estafa agravada y falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso.

A través de dicha decisión, el Tribunal revocó en su integridad el fallo de primera instancia del 31 de mayo de 2007 emitido por el Juez Especializado de Descongestión de Foncolpuertos de Bogotá, por medio del cual, tras acoger la variación de calificación efectuada por el representante de la fiscalía en el curso de la audiencia pública, condenó a ÁVILA MORALES a las penas principales de 10 años, 3 meses y 15 días de prisión y multa de \$721.570.297,18 por las conductas punibles de concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, peculado por

apropiación, tentativa de peculado por apropiación, y prevaricato por acción, estas últimas en condición de determinador.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso extraordinario de casación el agente del Ministerio Público y el representante de la Fiscalía General de la Nación.

HECHOS

La decisión impugnada los sintetizó de la siguiente manera:

“Como resultado de un escrito anónimo en el que se afirmó que las actas de conciliación suscritas entre Foncolpuertos y representantes de ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, calendadas en diciembre de 1993, no se suscribieron en esa anualidad, sino entre mediados de 1997 y 1998, se realizó investigación oficiosa; determinándose que entre éstas, se suscribieron las actas No. 1468, 1743 y 2570 de las que, pese a la incertidumbre de su fecha de elaboración, se reputaron falsas, por imitación de firmas de los abogados que en ellas participaron.

Se adelantaron procesos ejecutivos, presentándose como títulos de recaudo las actas de conciliación No. 1468 y 1743, ante el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Barranquilla, quien una vez tramitado el proceso, libró mandamiento de pago con fecha 26 de junio de 1996 y mayo 28 de 1997, respectivamente, en contra de Foncolpuertos, mismos que fueron presentados para su cobro administrativo por parte de abogados principales, quienes le sustituyeron los poderes al abogado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES para que adelantara las acciones de cobro y conciliación de la cancelación de esos mandamientos de pago, actuación por la cual se le endilgó responsabilidad penal.”

Para mejor comprensión de los hechos y la manera en que éstos fueron conocidos por la administración de justicia, resulta pertinente reseñar, además, el resumen que obra en la resolución de acusación de fecha 16 de marzo de 2004, así:

“De acuerdo con acción de tutela elevada por la entidad Fiduciaria del Pacífico, Fidupacífico S.A., se tiene que ante esa entidad se presentaron innumerables mandamientos de pago cuya base fueron actas de conciliación las cuales aparecen con fecha de diciembre de 1993, y comoquiera que en diligencia de inspección judicial adelantada por investigadores adscritos al CTI fueron incautadas cerca de mil actas de conciliación en la Dirección Regional del Trabajo del Atlántico, se inició de oficio indagación preliminar respecto de un pequeño número de actas de conciliación y, recepcionadas múltiples declaraciones, se estableció que esas actas presentan irregularidades, por lo cual se procedió a desglosar estas diligencias y se ordenó abrir investigación por separado respecto de las actas de conciliación; adelantadas otras pruebas, dio lugar a que se allegara a la presente investigación las cerca de mil actas para que hicieran parte de esta investigación, por cuanto, al igual que las otras actas, presentan innumerables inconsistencias que ameritan su investigación

De otro lado, y comoquiera que en el transcurso de la presente investigación se han presentado ante la Fiscalía fotocopias de actas de conciliación de las cuales ni siquiera reposa su original dentro de las actas de conciliación incautadas, se procede a allegar esos documentos para iniciar la respectiva investigación.

Así mismo se estableció que, como no fue posible el reconocimiento y pago por el Estado Colombiano de innumerables actas de conciliación en razón a la presente investigación, se procedió por un grupo de personas a entregar éstas en depósito bancario, con lo cual fueron realizadas varias transacciones de alto nivel financiero con el ánimo de obtener de la Banca Internacional la suma de un millón de dólares por el Banco Do Brasil, y otras actas de conciliación fueron ofrecidas a inversionistas nacionales, quienes han entregado dólares a cambio de inmuebles, al parecer de las ciudades de Cali, Cartagena y Bogotá.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con fundamento en escrito anónimo, la Fiscalía Delegada de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública de Bogotá, a través de resolución del 15 de julio de 2002, dispuso la apertura de investigación en contra de 45 abogados, entre ellos FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES a quien vinculó a través de indagatoria rendida el 3 de octubre y 29 de noviembre del mismo año.

2. El 16 de marzo de 2004, la Fiscalía 15 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública profirió resolución de acusación en contra del abogado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso en calidad de determinador por razón de la suscripción de las actas de conciliación Nos. 2570, 1468 y 1743; estafa agravada por la cuantía (referente de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743) en concurso homogéneo, y tentativa de estafa agravada por el mismo motivo (sobre el acta No. 2570); fraude procesal y concierto para delinquir en calidad de coautor (artículo 219 del Código Penal de 1980, 286 del actual; artículos 356 y 372-2 del Código Penal anterior, 246 y 267 del vigente; artículos 182 y 186 del anterior Código, actuales 453 y 340).

Así mismo, acusó a los también litigantes JAQUELINE CABRALES CAICEDO, JAIME RUIZ FONTALVO, JOSÉ EDUARDO PRIETO LAGOS, LUIS RAÚL OÑORO MOLINA, LUZ MARINA MENDOZA ROMERO, MANUEL EDUARDO ARIZA RECIO, MARGARITA ROSA RONCANCIO MORENO y VICENTE REYES JIMÉNEZ por los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, estafa agravada en grado de tentativa, concierto para delinquir y fraude procesal. Por otra parte, los abogados GLORIA DE LA HOZ DE LA HOZ y JOSÉ DE JESÚS NAVARRO GONZÁLEZ lo fueron por las mismas conductas punibles, excluyendo el concierto para delinquir.

La determinación así adoptada fue apelada por los defensores de algunos de los acusados y en nombre propio por los demás, y fue confirmada en decisión de segunda

instancia del 29 de diciembre de 2004, fecha en la cual cobró ejecutoria.

3. La etapa de la causa fue asumida por el Juez Penal del Circuito Especializado de Foncolpuertos, despacho que, tras avocar el conocimiento de la actuación y correr el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 en auto del 24 de enero de 2006, celebrar la audiencia preparatoria el 20 de abril del mismo año y disponer, a través de auto del 18 de octubre siguiente, la ruptura de la unidad procesal con respecto a ÁVILA MORALES, dio curso a la vista pública. En ella, una vez agotada la fase probatoria en sesión del 8 de febrero de 2007, la fiscalía varió la calificación provisional contenida en la resolución de acusación. Fue así que mutó la imputación de estafa agravada por la de peculado por apropiación y la de fraude procesal por la de prevaricato por acción, ambas conductas en condición de determinador.

A través de fallo de primera instancia del 31 de mayo de 2007, el juzgado de conocimiento condenó a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES a las penas principales de 10 años, 3 meses y 15 días de prisión y multa de \$721'570.297, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado, por término de 5 años, como responsable del concurso homogéneo y heterogéneo de las siguiente conductas punibles:

- i) Concierto para delinquir¹ (artículo 186 del Código Penal de 1980) en condición de coautor;
- ii) Falsedad ideológica en documento público a título de interviniente² respecto del acta de conciliación 2570, y el mismo delito agravado por el uso en calidad de determinador en el caso de las actas 1468 y 1743 (artículo 286 de la Ley 599 de 2000);
- iii) Peculado por apropiación, en condición de determinador³ respecto de las

actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, y tentado respecto del acta 2570 (artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 185 de 1993), y

iv) Prevaricato por acción como determinador respecto de las actas de conciliación No. 1468 y 1743 de 19934 (artículo 149 del decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 195 de 1993), al tiempo que lo absolvió del mismo delito, respecto del acta 2570.

De igual manera, el a-quo le negó al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria y lo condenó al pago de los daños y perjuicios ocasionados, por suma equivalente a la fijada como multa.

Apelado el fallo de primer grado por el procesado, la Sala Penal de Descongestión Foncolpuertos del Tribunal Superior de Bogotá, tras desestimar la variación de la calificación efectuada en la audiencia pública y acoger la imputada en la resolución de acusación, lo revocó de manera integral al adoptar las siguientes determinaciones en el fallo de segundo grado del 7 de febrero de 2008:

i) Por haber operado el fenómeno de la prescripción, cesó procedimiento a favor de ÁVILA MORALES por los comportamientos punibles de concierto para delinquir, fraude procesal y falsedad ideológica en documento público, en este último caso, en lo referente al acta de conciliación No. 2570;

ii) Revocó la condena por los comportamientos punibles de peculado por apropiación, tentativa de peculado por apropiación agravado, falsedad ideológica en documento público agravado por el uso y prevaricato por acción y concierto para delinquir;

iii) Como consecuencia de lo anterior, absolvió a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES de las conductas punibles de estafa agravada y falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, respecto de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743.

Contra la decisión del Tribunal, el agente del Ministerio Público y el Delegado de la Fiscalía General de la Nación interpusieron oportunamente y sustentaron sendas demandas de casación, las cuales la Corte encontró ajustadas, a través de auto del 5 de diciembre de 2008.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda presentada por el Procurador 171 Judicial Penal II

El representante de la Procuraduría General de la Nación postula tres cargos, así: el primero por nulidad, el segundo por violación directa de la ley sustancial y el último por violación indirecta.

Primer cargo: nulidad de la sentencia al declarar el Tribunal la prescripción de la acción penal por el punible de fraude procesal.

Al amparo de la causal de casación de que trata el numeral 3° del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el censor reprocha que el fallo fuera emitido en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento al debido proceso.

En apoyo del reproche, el demandante critica que el Tribunal desestimó el delito de prevaricato por omisión -calificación jurídica que, por iniciativa de la fiscalía, sustituyó la imputación por fraude procesal contenida en la resolución de acusación primigenia- con el argumento según el cual para el instante en que esa variación tuvo lugar dentro de la audiencia pública, el punible de fraude procesal ya estaba prescrito.

Censura, por otra parte, que el ad-quem, tras la variación efectuada por la fiscalía, hubiera revivido la imputación por fraude procesal para, enseguida, declarar la prescripción por esa conducta, procedimiento con el cual entendió superada cualquier necesidad de pronunciarse frente al delito de prevaricato.

Sostiene que, al contrario de lo afirmado por la Corporación de instancia, el delito de fraude procesal no estaba prescrito, pues, por ser un delito permanente, mantiene sus efectos en el tiempo, mientras persistan los efectos de la maniobra engañosa; y ésta no desapareció en junio de 1999 por razón de la existencia de un dictamen pericial que diera cuenta de las falsedades documentales. Por el contrario, los efectos del fraude aún persistían cuando las actas de conciliación fueron pagadas, sin importar que los correspondientes títulos hubiesen sido enajenados a entidades financieras.

Por lo tanto, aduce el libelista, si el comportamiento punible de fraude procesal no estaba prescrito, tampoco lo estaba aquél que derivó de éste, es decir, el prevaricato por acción, motivo por el cual el juzgador debió pronunciarse sobre él.

Segundo cargo: violación directa de la ley sustancial, al desestimar el ad-quem la variación de la calificación por peculado por apropiación y acoger la calificación por el delito de estafa.

Con apoyo en la causal de casación de que trata el numeral 1, cuerpo primero, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el libelista censura que el juzgador de segundo grado incurrió en violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación, del artículo 356 del decreto Ley 100 de 1980 que contempla el delito de estafa y el 246 de la Ley 599 de 2000, que describe la misma conducta.

El censor rememora que la fiscalía varió la imputación por estafa que se plasmó en la resolución de acusación y la convirtió en una por peculado. A su turno, el Tribunal se apartó de la variación que hiciera la fiscalía en la audiencia pública y, en su lugar, acogió la inicial por estafa. Así, critica que el ad-quem se hubiera apartado de la variación realizada por el acusador para, en su lugar, absolver por el delito inicialmente imputado, es decir, por la estafa.

Señala que la tipificación de los hechos bajo la conducta punible de estafa supuso una

equivocación en la selección de la norma, con lo que se incurrió en la violación directa pregonada.

A la vez, califica de erráticos e imprecisos los argumentos con los cuales el juzgador colegiado se inclinó por el delito contra el patrimonio económico, pues, en su sentir, el comportamiento punible correspondía en realidad a un peculado por apropiación, toda vez que la defraudación no se debió a que los intervinientes actuaran determinados por un engaño, sino que todo se trató de una concertación encaminada a cometer peculado en la cual participaron el Juez 8º Laboral de Barranquilla, quien, con sustento en documentos espurios, impartía órdenes de pagar sumas millonarias, así como los administradores de Foncolpuertos, realizando las actas de conciliación en las que reconocían honorarios en derecho y agencias profesionales no previstos en los mandamientos de pago.

Precisa el libelista que el delito de peculado se configura en cabeza de los jueces, pues éstos tienen disponibilidad jurídica sobre los bienes cuando libran mandamientos de pago.

Tercer cargo: violación indirecta de la ley sustancial que condujo a la absolución por las conductas punibles de estafa agravada y falsedad ideológica en documento público.

Al amparo de la causal de casación que describe el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, el recurrente denuncia que el juzgador de segundo grado incurrió en interpretación errada de la prueba, por desconocimiento de medios probatorios, lo cual condujo a la absolución por los delitos de estafa y falsedad ideológica en documento público.

En apoyo del reparo formulado, aduce que es inadmisibles aceptar que, en el contexto en el que se dieron los hechos, no existiera nexo alguno entre el procesado y los autores materiales de las falsedades y peculados. Indica que no puede ser de recibo la

razón que aduce el abogado procesado para que en el último momento de todo el trámite los abogados principales le sustituyeran el poder para actuar por el mero de hecho de residir aquél en Bogotá, pues los honorarios fijados del entre el 4 y 5% de lo recaudado equivale a una cifra considerablemente superior al costo del traslado de los apoderados titulares desde Barranquilla a la capital.

Deduce, en consecuencia, que la sustitución supone el conocimiento de la ilicitud, dado que los abogados sustituyentes mantenían una estrecha relación con los funcionarios de Foncolpuertos y sus reclamaciones eran resueltas de manera ágil por la judicatura; precisa que las demandas tramitadas ante el Juzgado 4º Laboral de Barranquilla por los litigantes Mauricio Rodríguez Duncan y Francisco Jiménez Berdugo pasaron a Carlos González y, por último, a Ávila Morales.

Avanza en su raciocinio denunciando como paradójico el argumento del Tribunal, en la medida en que, por una parte, admite el acuerdo delictivo entre quienes participaron en la falsificación con los abogados litigantes, pero, sin ninguna explicación, excluye a Ávila Morales lo cual resulta contrario a la sana crítica, pues -reitera- es imposible que, dado el contexto de los hechos, no existiera el nexo entre este último con todos los demás involucrados. Así, ilustra su postura al afirmar que las actas de conciliación suscritas entre los representantes de Foncolpuertos y Absalón Ávila Morales dejan ver que éste actuó como sustituto de Juris Rafael Pérez, Carlos González y Carmenza Pacheco, pero al mismo tiempo éstos aparecen como apoderados de exportuarios.

No es cierto, argumenta, que no se hubiera demostrado la ilegalidad de las reclamaciones, ya que la prueba técnica demostró, por una parte, la falsedad de las actas de conciliación y, por la otra, que el procesado efectivamente suscribió una de ellas, la 2570, lo cual permite inferir su participación en esa falsedad, como también en las actas 1468 y 1743, de las que el Tribunal estimó que Ávila Morales apenas había hecho uso de ellas. Por lo tanto, aduce, el procesado debe responder por las falsedades referidas y por

el delito de estafa que se configura con la apropiación de bienes del Estado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el censor pide a la Sala que case el fallo y, en consecuencia, haga prevalecer la decisión condenatoria de primer grado.

Demanda presentada por el Fiscal Tercero Delegado de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública.

Primer cargo: violación directa de la ley sustancial al desechar el fallador de segundo grado la variación de la calificación por las conductas punibles de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

Con sujeción a la causal de casación de que trata la primera parte del numeral 1 del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, el libelista acusa que el juzgador de segundo grado incurrió en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 397 del Código Penal vigente, 149 del Decreto Ley 100 de 1980 -modificado éste por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995- y 404 de la Ley 600 de 2000, así como en inaplicación de los artículos 246 de la Ley 599 de 2000 (estafa agravada), 182 del Decreto Ley 100 de 1980 y 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

En sustento de su crítica, el censor recuerda cómo el ad-quem negó que los hechos se adecuaran a la conducta punible de peculado y, en su lugar, determinó que se tipificaban bajo el punible de estafa -pues allí figura como causal de agravación que el comportamiento recaiga sobre bienes de propiedad del Estado- y de allí consideró que la variación de la calificación, así como la sentencia de primer grado, fueron inmotivadas. Así mismo, reseña que el juez colegiado estableció que no era viable para la fiscalía modificar la imputación por fraude procesal para convertirla en prevaricato por acción, dado que la acción penal correspondiente a la primera ya había prescrito cuando el acusador dispuso la modificación.

Sostiene, entonces, que el Tribunal erró al apreciar que la variación de la acusación hacia el delito de peculado –que, en su momento, hizo la fiscalía respecto del de estafa- fue inmotivado. Por lo tanto, asegura que el fallador de segunda instancia “desconoció la variación, al discurrir que no había sido bien sustentada frente al delito de peculado por apropiación, dejando en consecuencia incólume la conducta de Ávila Morales por el delito de estafa agravada consumada y tentada dada en la acusación, sin tener en cuenta la variación que la fiscalía realizó frente al delito de fraude procesal por prevaricato por acción”.

Agrega que a través de la decisión impugnada y al apartarse de la variación hacia el delito de peculado que introdujo la fiscalía en la audiencia pública, con el argumento de que tal modificación fue inmotivada, el juzgador de segundo grado desconoció el mandato del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000 sobre la modificación de la calificación, en la medida en que no advirtió que esa mutación sí era viable porque el núcleo fáctico no se alteró y porque ella cumplió los propósitos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Insiste en criticar que el funcionario judicial colegiado hubiese desechado la variación de la calificación para, en su lugar, acoger la denominación contenida en la resolución de acusación por estafa agravada; con ello, agrega, se violó por aplicación indebida el artículo 246 de la Ley 599 de 2000, como también el 182 del Código Penal de 1980 que contempla el fraude procesal. Con fundamento en dicho yerro, el fallador también dejó de aplicar el 397 (peculado por apropiación) de la Ley 599 de 2000 y el 149 del decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995) con los cuales se condenó al procesado.

Así, con apoyo en los argumentos precedentes, el demandante pide a la Sala que, como consecuencia de admitir la variación de la calificación, case la sentencia y condene a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por los delitos de peculado por

apropiación y prevaricato por omisión.

Segundo cargo: violación directa de la ley sustancial al no admitir la participación del procesado en el delito de peculado por apropiación.

Al amparo de la vía de censura a través de la cual enfoca el cargo precedente, en esta oportunidad el censor aduce que la violación directa se produjo por la selección indebida del tipo penal que consagra la conducta de estafa agravada y la correlativa omisión de los artículos 397 de la Ley 599 de 2000 y 133 del Código Penal de 1980, modificado este último por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

Una vez más, reitera las apreciaciones del juzgador de segundo grado desde las cuales desechó la calificación por peculado que introdujo la fiscalía en la audiencia para, en su lugar, acoger la calificación por estafa agravada, en consideración a que el abogado litigante procesado no era servidor público ni tenía disponibilidad material o jurídica de los dineros defraudados. El recurrente insiste y comparte, además, los argumentos del juez, según los cuales fue el grado de participación del procesado y su colaboración eficaz en la empresa criminal encaminada a esquilmar los bienes estatales los que le permitieron condenar al abogado por el comportamiento punible de peculado, independientemente de su condición de particular.

Reitera que el yerro del Tribunal consistió en desconocer que un particular, sin las calidades de servidor público que exige el tipo penal, bien puede, como determinador, cometer delito de peculado por apropiación, pues “fue la presentación de documentos espurios ante una entidad estatal, lo que produjo que sus directivos realizaran las erogaciones del erario público a favor de terceros”.

En conclusión, pide a la Corporación que case el fallo y condene a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por el delito de peculado por apropiación.

Tercer cargo: violación indirecta de la ley sustancial que condujo a absolver y declarar la prescripción por falsedad ideológica en documento público.

A través del yerro mencionado, identificado en el cuerpo segundo de la causal primera de casación del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, el casacionista denuncia que el fallador de segundo grado incurrió en yerros de falso juicio de existencia por suposición y por omisión, los cuales lo condujeron a equivocaciones in iudicando al momento de decidir. Estima violados, por exclusión indebida, los artículos 286 de la Ley 599 de 2000 o el 219 del Código Penal de 1980, así como el 149 del Código Penal de 2000 y 247 de la Ley 600 de 2000 que se refieren a los requisitos necesarios para dictar sentencia.

En apoyo a la crítica formulada, sostiene que los errores pregonados condujeron al ad-quem predicar la duda en lo referente a la verdadera fecha de elaboración de las actas 1468, 1743 y 2570 y, de allí, a declarar la prescripción de la acción penal. Explica, entonces, que el Tribunal estimó que la acción por el delito de falsedad ideológica en documento público estaba prescrita, en razón a que la verdadera fecha de confección de las actas fue diciembre de 1993 y no septiembre de 1998, como lo menciona un escrito anónimo, cuya existencia el fallador de segundo grado supuso, con lo que incurrió en falso juicio de existencia por suposición. Por lo tanto, dice, dado que los efectos de la falsedad se prolongaron hasta el mes de septiembre de 1998, era dicha fecha la que debía tomarse para calcular la prescripción y no el mes de diciembre de 1993.

Agrega que, de los testimonios de José María Iguarán y William Hernández Carrillo –los cuales omitió el fallador- se desprende que para el año de 1993 era imposible que se hubieran realizado más de 1000 actas de conciliación, toda vez que para entonces ya los estados financieros y los pasivos laborales estaban en ceros.

Así mismo, afirma, fueron omitidos los testimonios de Jesús Becerra Bedoya, Jaime Soto Consuegra y Alfredo José Bolaño Vizcaíno, extrabajadores de Colpuertos, quienes dijeron desconocer las actas en las que aparecen vinculados, como también el de Álvaro Serrano Vivius, director jurídico de la Terminal de Barranquilla, quien expresó no tener conocimiento de la existencia de las actas en mención para 1993, las cuales tampoco figuran registradas en las auditorias, ni en los inventarios de cuentas, como tampoco en el informe de la Contraloría General de la República de septiembre de 2000, el cual detectó la existencia de irregularidades en 943 actas de conciliación fechadas en diciembre de 1993.

Menciona que las actas 1468 y 1743 fueron presentadas el 16 de abril de 1996 ante el Juzgado Cuarto Laboral del Barranquilla, motivo por el cual era esa fecha la que debía tomarse para contabilizar la prescripción, pues fue en ese momento cuando ingresaron al tráfico jurídico, pese a que sólo se tuvo conocimiento de su existencia en septiembre de 1998. En lo que se refiere al acta 2570, dice, ésta aparece relacionada el 2 de julio de 1998, razón por la cual esa fecha era la que ha debido fijar el inicio del término de prescripción.

Afirma, entonces, que de no haber omitido las pruebas mencionadas, el sentenciador hubiese encontrado que las actas no fueron elaboradas en 1993 y por lo tanto no hubiera decretado la prescripción del comportamiento punible de falsedad.

Cuarto cargo: falso raciocinio que condujo a excluir la responsabilidad del procesado por los punibles de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Al amparo de la causal de casación descrita en el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el censor denuncia que el juzgador de segundo grado incurrió en yerros de falso raciocinio, los cuales lo condujeron a dejar de aplicar los artículos 397 de la Ley 599 de 2000, antes 133 del Decreto Ley 100 de 1980 -modificado

por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995- el 286 del Código Penal vigente y 219 del estatuto punitivo de 1980, que enuncian el comportamiento de falsedad ideológica en documento público.

En apoyo a su postura, recuerda que el ad-quem sostuvo que el procesado no participó materialmente en la elaboración de las actas, ni concordó su voluntad a fin de presentar los documentos falsos para obtener su cobro ilegítimo, pues apreció que su labor se limitó a sustituir los poderes para culminar la actuación administrativa, una vez emitidos los mandamientos de pago, recibiendo así la suma de \$1.600.000.000. Concluye, entonces, que Ávila Morales fue uno de los determinadores de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso.

Precisa que el Tribunal, ante la sucesiva sustitución de poderes entre apoderados para gestionar los cobros, admitió la existencia de la empresa criminal encaminada a defraudar los dineros del Estado, pero, al mismo tiempo, violó las reglas de la lógica al concluir que Ávila Morales no era parte de ese acuerdo, razonamiento con lo cual “se perdió en la forzosa inferencia lógica” que imponía determinar que el procesado era uno de los partícipes determinadores de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público agravada por el uso.

En concordancia con lo anterior, asegura que está demostrado con prueba documental que el acta No. 1468, suscrita ante el inspector de trabajo José Abelló, fue falsificada en las firmas del representante de la Empresa Puertos de Colombia y de los ex trabajadores y, no obstante dicha irregularidad, se inició el proceso de ejecución ante el Juzgado Cuarto Laboral de Barranquilla. Además, agrega, el acta No. 1743, suscrita ante el mismo inspector de trabajo, fue falsificada también en la firma de los representantes de la empresa y los trabajadores, y terminó siendo presentada para cobro por diversos abogados, el último de ellos, el procesado Ávila Morales.

Insiste en que tras haber reconocido el juzgador de segunda instancia el acuerdo de voluntades para conformar una cadena encaminada a defraudar el patrimonio del Estado la cual se inició con la creación espuria de actas de conciliación y siguió hasta su introducción al tráfico jurídico y su cobro- lo que se imponía, conforme las reglas de la sana crítica, era admitir el compromiso del procesado, pues éste admitió haber suscrito una de las actas falsificadas, la 2570, y presentado para su cobro las Nos. 1468 y 1743, también espurias en sus firmas. Así, el ad-quem no debió concluir en que Ávila Morales no mantuvo en error a los funcionarios públicos, como tampoco que solamente se limitó a cumplir “una función irrelevante, candorosa y de buenos oficios a favor de los abogados, cuando éste participó en la parte más importante de la relación causal al recibir de Foncolpuertos la suma de \$1.581.000.000, con ocasión de la presentación de mandamientos de pago con títulos de recaudo ejecutivo ilegales”.

Por no apreciarlo así, asegura, el Tribunal se apartó de las reglas de la lógica y del sentido común, pues echó de menos el conocimiento previo de las irregularidades admitidas. De manera correlativa, de haber efectuado una apreciación correcta, habría confirmado la decisión condenatoria de primer grado, en cuanto a los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, el libelista solicita a la Sala que case el fallo impugnado y, en consecuencia, emita sentencia condenatoria en contra de FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por las conductas punibles últimamente citadas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal solicita a la Sala que case el fallo conforme los cargos propuestos en las demandas y, en consecuencia, emita decisión condenatoria de reemplazo. Al efecto, agrupa los cargos de la siguiente manera y formula, en síntesis, estos razonamientos:

Respecto del primer cargo de la demanda presentada por el Procurador Judicial, sostiene que el Tribunal no advirtió que en realidad el comportamiento punible de fraude procesal no se hallaba prescrito al momento de emitirse la variación de la calificación por la fiscalía en la fase probatoria del juicio. En consecuencia, si la imputación por dicha conducta fue convertida en una por prevaricato por acción, entonces el fallo desconoció el debido proceso al omitir todo pronunciamiento de fondo respecto de este último delito. Por lo tanto pide a la Sala “dictar fallo de reemplazo en el que haga un pronunciamiento sobre el delito de prevaricato por acción”.

Al ocuparse del segundo cargo de la demanda presentada por el Procurador Delegado y los cargos primero y segundo de la demanda del Fiscal, la representante del Ministerio Público alega que la Sala ha emitido diversos pronunciamientos en los cuales reconoce que las defraudaciones que se produjeron en torno a la liquidación del pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia configuran delito de peculado por apropiación y no estafa, toda vez que no es cierto que los servidores públicos que, con su actuación permitieron la defraudación, actuaran engañados, sino como parte de un convenio. Así, solicita a la Corporación que case el fallo recurrido y, en su lugar, emita decisión de reemplazo a través de la cual condene al procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por el comportamiento punible de peculado por apropiación.

Por último, la Delegada aborda el tercer cargo de la demanda del Procurador Judicial y los cargos tercero y cuarto de la demanda presentada por el Fiscal. Al respecto, señala que el ad-quem incurrió en los errores de apreciación de la prueba pregonados por los demandantes, pues desconoció la prueba que obra en la actuación que deja ver que las actas de conciliación Nos. 1468, 1743 y 2570 no existían en diciembre de 1993, sino que fueron creadas de manera fraudulenta hacia el año de 1998; así mismo, aduce que la Corporación de instancia desconoció las reglas de la sana crítica y de la experiencia que demuestran que en el contexto en que se dieron las masivas defraudaciones asociadas a la liquidación de Foncolpuertos se falsearon numerosas actas de liquidación de

prestaciones y estima contrario a la experiencia que el procesado fuera en realidad ajeno a toda la empresa criminal que se conformó para esquilmar los recursos del Estado.

Es por lo anterior que el Ministerio Público requiere a la Corte para que case el fallo recurrido y, en su lugar, emita decisión de reemplazo a través de la cual condene al procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por la falsedad cometida respecto del acta No. 2570.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sea lo primero precisar que a la Sala la asiste competencia para emitir el fallo de casación que ocupa su atención, por razón del mandato contenido en numeral 1 del artículo 72 del Código de Procedimiento Penal de 2000, estatuto que ha regido este trámite procesal.
2. Ahora bien, comoquiera que los reproches que alegan los demandantes son comunes en sus fundamentos y pretensiones, la Corporación los abordará de manera conjunta, según la similitud de su contenido y conforme lo impone el principio de jerarquía de los cargos.

Primer cargo de la demanda presentada por el Procurador 171 Judicial Penal II: nulidad originada en la declaración por el Tribunal de la prescripción de la acción penal por el punible de fraude procesal.

El libelista aduce que el ad-quem desconoció el debido proceso como consecuencia de apartarse de la variación de la calificación que introdujo el fiscal en la audiencia pública y, en su lugar, acoger la calificación inicial de fraude procesal para, enseguida, declarar su prescripción.

Para la fiscalía y el juzgador de primera instancia, el comportamiento punible de

prevaricato por acción tuvo su origen cuando el procesado presentó las actas de conciliación espurias Nos. 1468 y 1743 para su pago. Dicha calificación jurídica sustituyó la de fraude procesal dada en la resolución de acusación emitida al momento de la calificación del mérito del sumario. Para el ad-quem, no era procedente variar la calificación inicial, toda vez que la acción penal correspondiente a esa conducta punible -fraude procesal- ya estaba prescrita, motivo por el cual la única actuación posible era la de declarar la extinción de la acción penal.

Respecto de la inconformidad que plantea el censor, la Sala desde ya anticipa su postura en el sentido de que no existió irregularidad alguna cuando el ad-quem desechó la modificación de la calificación jurídica realizada por el fiscal en la audiencia pública para, en su lugar, acoger la dada en la calificación del mérito del sumario, mas sí cuando declaró la prescripción de la acción penal por el comportamiento punible de fraude procesal.

Lo primero, por cuanto al sentenciador le está dado, a la hora de emitir la decisión de fondo que pone fin al debate procesal, condenar conforme la variación de la calificación jurídica introducida por la fiscalía en la audiencia pública, según lo previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, o bien hacerlo con fundamento en la calificación contenida en la resolución de acusación, siempre y cuando con ello no se altere la imputación fáctica. La razón de ello es que las dos denominaciones jurídicas dadas al mismo supuesto fáctico -éste se mantiene inmutable- han sido conocidas por los sujetos procesales y de ella han tenido oportunidad de ejercer el derecho de controversia, de manera que la condena por cualquiera de ellas lógicamente no los tomará por sorpresa.

En este caso particular, el fallador de segundo grado, al igual que el fiscal instructor, apreció que de los hechos de que da cuenta el proceso se desprende una inducción a error por parte del agente hacia servidores públicos con el fin de obtener resolución o acto administrativo contrario a la ley, dicha interpretación habrá de respetarse en esta sede extraordinaria, pues una tal imputación -aún cuando los hechos puedan

subsumirse bajo otras denominaciones diversas- no desconoce el debido proceso ni el derecho de defensa, en la medida en que se respetó el trámite que fija el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, a no ser que los cargos formulados en la demanda de casación acrediten que el razonamiento del fallador que condujo a dicha conclusión adolece de vicios de apreciación probatoria que derriben la presunción de acierto y legalidad con que llega amparada a esta sede extraordinaria.

Pero una tal censura, por razón de los principios de no contradicción y autonomía de las causales de casación no cabe dentro de un reproche de nulidad como el que aquí se estudia.

Respecto de lo segundo, la Sala habrá de constatar que, como así mismo lo sostiene el demandante a nombre del Ministerio Público, la acción penal por el delito de fraude procesal no se hallaba prescrita al momento de la calificación del mérito del sumario.

Dígase, en sustento del aserto anterior, que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado de tiempo atrás que cuando existe divergencia entre la denominación jurídica dada en la resolución de acusación y en los fallos de instancia, el término de prescripción se contabiliza para la calificación jurídica fijada en la sentencia, aún cuando ésta no haya cobrado ejecutoria⁵; es así que, recientemente, reiteró las siguientes precisiones: “ha sido criterio arraigado de la Corte que la calificación asumida en la sentencia, pese a no estar ejecutoriada, debe considerarse para los cómputos propios de la prescripción”⁶.

El presupuesto procesal reseñado coincide con el que ahora ocupa la atención de la Corte, pues surge nítido que, por una parte, la fiscalía formuló ante el juez de conocimiento acusación por el delito de prevaricato por acción -en el entendido de que en la etapa del juicio reajustó la calificación que por fraude procesal impartió inicialmente en la resolución de acusación- y, por la otra, el juzgador de segunda instancia se apartó de la

variación que introdujo la fiscalía y, en su lugar, acogió la calificación dada inicialmente, es decir, la de fraude procesal.

Por lo tanto -como ya lo advirtió la Corte- lo cierto es que la acción penal correspondiente al delito de fraude procesal no se hallaba prescrita para el momento en que se surtió su mutación hacia el delito de prevaricato.

Lo anterior encuentra sustento en que, como de antaño lo ha destacado la jurisprudencia de la Sala, el fraude procesal es una conducta permanente, esto es, que su comisión se mantiene mientras persisten los efectos del comportamiento⁷; en otras palabras, la acción ilícita se entiende perpetrada mientras el destinatario del error se mantenga en él, pues si bien es cierto que, para la tipificación de la conducta bajo la descripción abstracta correspondiente al fraude procesal no se requiere que se produzca el resultado finalmente buscado pues basta la inducción en error a través de un mecanismo fraudulento, también lo es que la conducta punible se entiende consumada todo el tiempo durante el cual el agente, de manera engañosa, mantiene en error al servidor público y también mientras los efectos de esa falsa percepción de la realidad -gracias a la creación de un estado de ilicitud- se prolonguen en el tiempo hasta que se cumplan los pasos finales necesarios para su agotamiento.

En consecuencia, al contrario de lo que sostiene el ad-quem, y como de manera acertada lo hace ver la Procuradora Delegada en su concepto, la conducta que le imputó al procesado ÁVILA MORALES no se agotó con la creación de las actas de conciliación 1468 y 1743, tampoco con la suscripción de las actas Nos. 4 y 8 del 5 de junio y 22 de abril de 1998 -a través de las cuales se acordó de qué manera se haría el pago efectivo de las sumas fijadas en las aludidas actas de conciliación a lo largo de los años posteriores- sino que se prolongó hasta cuando, cinco años después cuando se materializó el pago de los títulos valores de deuda pública TES, con los cuales se acordó que se haría el pago.

Los anteriores razonamientos permiten inferir, entonces, que la Corporación de instancia, si bien es cierto no erró al desechar la variación de la calificación introducida por la fiscalía -pues le estaba dado acoger la fijada en la resolución de acusación- sí lo hizo al determinar que el fraude procesal había cesado el 15 de junio de 1999, cuando, a través de informe de esa fecha, el Cuerpo Técnico de Investigaciones puso en conocimiento de la Fiscalía 15 Seccional los hallazgos de la inspección realizada a diferentes juzgados laborales de Barranquilla, en particular las irregularidades que presentaban un gran número de actas de conciliación con fecha diciembre de 1993, radicadas en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de esa ciudad.

A lo sumo, podría decirse que con el hallazgo de presuntas irregularidades reportadas por el CTI, la fiscalía a cargo del trámite inicial de esta actuación procesal tuvo un primer elemento de juicio sobre la existencia de posibles conductas punibles. Pero ello no significa que en el ámbito de la administración o en el trámite surtido ante la jurisdicción laboral ese informe hubiera tenido la idoneidad para acabar con los efectos del engaño. Tan no fue así que aún años después de suscritas las actas Nos. 4 y 8 del 5 de junio y 22 de abril de 1998, respectivamente, el engaño seguía produciendo efectos, pues fue al término de dicho periodo, es decir, en el año de 2003, cuando finalmente se liquidaron los bonos TES; ello significa, una vez más, que todavía al momento de la redención de los títulos valores el fraude mantenía sus efectos.

La consecuencia del error consiste, entonces, en que si la acción penal correspondiente al comportamiento que inicialmente fue calificado en la resolución de acusación como fraude procesal no se hallaba prescrita, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, entonces la responsabilidad del procesado respecto de dicha conducta -en cualquiera de los dos sentidos posibles- quedó sin solución en la sentencia, yerro que es necesario corregir en esta sede, como consecuencia de la procedencia parcial del razonamiento del cargo de nulidad que ocupa la atención de la Sala

Así pues, la Sala encuentra que el primer cargo planteado por el Agente del Ministerio Público por vía de la nulidad prospera y, en consecuencia, habrá de corregir el vicio reseñado.

De manera que la Corte, en esta sede extraordinaria, habrá de ocuparse enseguida de la materialidad y responsabilidad del procesado por el punible de fraude procesal que recayó en las actas de conciliación reseñadas, omisión en la que incurrió el Tribunal como consecuencia de la indebida declaración de prescripción de la correspondiente acción penal.

Así las cosas, la Sala encuentra que el conjunto probatorio deja ver la responsabilidad del procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por el comportamiento punible de fraude procesal.

En apoyo de la anterior hipótesis, se tiene que la prueba obrante en la actuación, apreciada de manera acorde con el bien conocido contexto dentro del cual se produjeron las masivas defraudaciones al Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, deja ver que las actas de conciliación espurias Nos. 1468 y 1743 constituyeron el mecanismo fraudulento e idóneo para que el abogado ÀVILA MORALES, tras recibir en sustitución, de parte de los abogados titulares, los poderes para esos efectos, hiciera incurrir en error a los funcionario públicos de Foncolpuertos al presentarles actas de conciliación falsas y así obtener, como en efecto obtuvo, las resoluciones 2070 y 1502 de 1998 por medio de las cuales se reconoció el pago de una millonaria suma de dinero, cercana a los \$1'500.000.000, con lo cual adecuó su conducta al tipo penal que describe el fraude procesal. Los pagos ilícitamente obtenidos se concretaron en obligaciones adquiridas por el Estado a través de títulos valores conocidos como Bonos TES, emitidos por el Ministerio de Hacienda, que vinieron a ser redimidos varios años después.

Ahora bien, el conocimiento que de la irregular elaboración de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 tenía el procesado ÁVILA MORALES se infiere de la manera en que operó la red de exportuarios y abogados litigantes, pues no resulta ajustado al sentido común que la compleja red delictiva que se montó alrededor de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, con el fin de obtener de forma ilícita enormes recursos del Estado -mediante el aprovechamiento de la proverbial desorganización administrativa y judicial que caracterizó todo el proceso- se hubiera puesto en marcha frente a las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 -actividad que requirió la intervención de extrabajadores, servidores públicos y abogados litigantes encargados de inducir a error a la administración y a la judicatura con documentos falsos- para, en el momento decisivo del pago de las acreencias, encargar a un abogado litigante, ajeno al plan delictivo y que ingenuamente se hubiera limitado a cobrar las elevadas sumas.

Si el anterior es el contexto dentro del cual debe apreciarse la actuación del abogado ÁVILA MORALES, entonces necesariamente habrá de concluirse que, dada la función cumplida en todo el entramado delictivo, lógicamente debía conocer de la falsedad de las actas de conciliación presentadas de manera dolosa ante los servidores públicos con el fin de obtener el ilícito reconocimiento de las acreencias por suma cercana a los \$1.500.000.000.

Es por lo anterior que la Corte condenará al procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por el delito de fraude procesal, a título de coautor, en concurso homogéneo y sucesivo, por razón de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, tal como la imputó la fiscalía en la resolución de acusación, calificación que acogió el sentenciador de segunda instancia.

Por el contrario, la decisión de fondo respecto del fraude procesal que hubiera podido recaer respecto del acta de conciliación 2570 será la absolución, pues, al contrario de lo que ocurrió en lo referente al trámite de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 -las

cuales fueron efectivamente utilizadas para inducir a error a servidores públicos para obtener sentencia o decisión administrativa contraria a la ley- la identificada con el número 2570 no fue presentada para su pago, es decir, no fue utilizada como el mecanismo fraudulento que era para inducir a error a los aludidos servidores.

Recuérdese que el comportamiento punible de fraude procesal se predica de la conducta de quien, a través de un mecanismo fraudulento, induce a error a un servidor público con los fines ya detallados; de allí que el delito se configuró cuando el procesado, valiéndose de la falsa representación de la realidad contenida en las actas espurias, pretendió hacer caer en error a servidores públicos judiciales y administrativos para obtener unas decisiones o actos administrativos ilegales que reconocieran el pago de unas acreencias. Como se observa de la anterior descripción, el punible se comete cuando tiene lugar la inducción en error, lo que en este caso aconteció cuando el procesado presentó las renombradas actas para obtener el reconocimiento de una obligación a su favor.

Es así que la evidencia de las resoluciones de pago proferidas con ocasión del trámite de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 es lo que permite afirmar la consumación del delito. En contraste, la prueba que obra en la actuación permite ver que fue otro el destino del acta 2570, pues -aunque fue fraudulenta en su origen- no fue presentada para su cobro, es decir, no fue utilizada para inducir a error, como lo requiere el tipo penal, motivo por el cual naturalmente tampoco puede admitirse, en este caso particular, que respecto del acta 2570 el punible de fraude procesal hubiese alcanzado actos ejecutivos, lo que descarta lógicamente el grado de tentativa.

En conclusión, no es procedente predicar la tentativa de fraude procesal, como para degradar la responsabilidad del procesado, motivo por el cual -como ya se enunció-, la decisión respecto del fraude procesal en lo referente al acta 2570, habrá de ser absolutoria.

Segundo cargo de la demanda presentada por el Procurador Judicial Penal; cargos primero y segundo de la demanda del Fiscal Delegado de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública: violación directa de la ley sustancial como consecuencia de inadmitir la calificación por el delito de peculado por apropiación.

A través de los cargos mencionados, los libelistas censuran que el Tribunal hubiera desconocido los términos de la condena emitida por el a-quo, así como la variación de la calificación introducida por la fiscalía en la audiencia pública –a través de la cual sustituyó la imputación inicial de estafa por la de peculado por apropiación, en condición de determinador- para, enseguida, absolver por la calificación inicialmente propuesta, es decir, la estafa.

Así mismo, critican que el ad-quem afirmara que los servidores públicos actuaron determinados por un engaño y no como parte de un acuerdo del que también hacía parte el abogado litigante procesado; también, que no advirtiera que un particular bien puede ser determinador de un delito como el peculado por apropiación que exige sujeto activo cualificado.

Frente a los términos de la censura, es necesario precisar que la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá declaró que la calificación correcta del comportamiento atribuido al procesado ÁVILA MORALES era la de estafa. Para ello, adujo que no era procedente la imputación por peculado, calificación con la que, en otros procesos por defraudaciones con ocasión de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, se ha procesado a funcionarios judiciales, pues en este caso particular el conjunto probatorio permite inferir que el procesado no tenía la disponibilidad material o jurídica sobre los dineros públicos y, además, que existe una duda insalvable en lo referente a los funcionarios que fueron inducidos a error para defraudar los dineros de la administración.

El fallador de segunda instancia reforzó su postura en cuanto a la ausencia de responsabilidad de ÁVILA MORALES por razón de la apropiación de dineros públicos, al considerar que ésta tampoco se configuró, toda vez que no existe evidencia de que aquél hubiese participado en la ejecución de las maniobras engañosas encaminadas a hacer incurrir en error a los funcionarios judiciales que autorizaron los pagos, dado que su intervención vino a darse mucho después de que las actas espurias hubiesen sido elaboradas por otros y, más precisamente, como consecuencia de la sustitución de poderes que le hicieron los abogados principales. Además, al apreciar el contenido de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 concluyó que en ellas no participó ningún servidor público con disponibilidad jurídica (pág. 24, decisión de segundo grado).

Ahondó el Tribunal en razones al indicar que en este caso no hubo un sujeto engañado, pues -dice- fue Foncolpuertos la entidad que realizó el estudio laboral de los extrabajadores, fijó los valores a pagar, citó a los apoderados a conciliar y determinó los parámetros para la cancelación de los valores.

Visto así el razonamiento del fallador de segunda instancia y confrontado con los fundamentos de la censura, la Corporación advierte que esta última no tiene vocación de prosperar, toda vez que, aún cuando fue orientada por vía de la violación directa de la ley sustancial, en su fundamento lo que se evidencia es una oposición a la apreciación probatoria del sentenciador.

En efecto, a pesar de que los recurrentes pregonan una equivocación en la selección de la norma llamada a regir el caso y, en tal virtud, sostienen que la conducta debió adecuarse al punible de peculado por apropiación y no al de estafa, en realidad su tesis se desvía al terreno de la indebida apreciación de la prueba, toda vez que termina por desconocer que el juzgador de segunda instancia apreció que no existió un engaño en los funcionarios de Foncolpuertos, toda vez que según la prueba obrante en la actuación procesal fue la propia entidad la que realizó el estudio laboral de cada uno de los

extrabajadores, fijó los valores a pagar en cada caso, citó a los apoderados a conciliar y determinó los parámetros para la cancelación de los valores. Así mismo, los recurrentes se oponen a la apreciación judicial según la cual en las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 no participó ningún funcionario con disponibilidad jurídica de bienes públicos.

Por lo tanto, el reproche de los demandantes no logra enseñar a la Corporación, sin incurrir en cuestionamiento a la apreciación judicial de la prueba, de qué manera el fallador de segunda instancia erró al desechar la calificación de peculado para, en su lugar, acoger la inicialmente fijada en la resolución de acusación. Y, como es sabido, dicho error en el planteamiento del razonamiento no lo puede corregir la Corporación en esta sede extraordinaria, pues así se lo impone el principio de limitación que rige el recurso extraordinario de la casación.

Por lo tanto, el segundo cargo de la demanda presentada por el Procurador Judicial Penal, y los cargos primero y segundo de la demanda del Fiscal Delegado, orientados por vía de la violación directa de la ley sustancial no prosperan.

Tercer cargo de la demanda del Procurador Judicial Penal y cargos tercero y cuarto de la demanda presentada por el Fiscal Tercero Delegado de la Unidad Nacional contra la Administración de Justicia: violación indirecta de la ley sustancial que condujo a no admitir la materialidad de las conductas de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

A través de los cargos reseñados, los libelistas denuncian la violación indirecta de la ley sustancial, por vía de la indebida apreciación probatoria, en la modalidad de falso juicio de existencia y falso raciocinio, yerros que, según afirman, condujeron al sentenciador de segunda instancia a no advertir que era imposible que, según en el contexto dentro del cual ocurrieron los hechos, el abogado litigante procesado no tuviera nexo alguno con las defraudaciones y las falsedades que las originaron, pues se demostró que el

procesado suscribió uno de los documentos espurios y usó los otros dos al presentarlos para su pago, todos los cuales fueron elaborados con posterioridad a 1993, de modo que la acción no alcanzó a prescribir antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

Sea lo primero señalar que, así como lo argumentan los recurrentes, en verdad los comportamientos punibles tipificados como falsedad ideológica en documento público, respecto del acta 2570, y la misma conducta agravada por el uso (actas 1468 y 1743), no estaban prescritos para el 29 de diciembre de 2004, fecha en la cual quedó en firme la resolución de acusación. En efecto, conforme los artículos 83 y 86 del Código Penal de 2000, el término de prescripción en la etapa de instrucción para la falsedad ideológica en documento público es de 8 años, y de 12 cuando opera la agravación por el uso, según la Ley 599 de 2000 (artículo 286, en concordancia con el inciso 1º del 290), estatuto penal que, para los efectos de medir el término de la prescripción de la acción penal, resulta más favorable que el Decreto Ley 100 de 1980, en su artículo 219, concordante con el 222.

Ahora bien, no existe discusión en cuanto a que la acción penal correspondiente a la falsedad ideológica respecto de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 no prescribió en la etapa de instrucción, aún cuando, en gracia de discusión, se admitiera que la fecha que en ellas consta corresponde a la verdadera de su elaboración, toda vez que respecto de estas actas tiene lugar la agravación por el uso; de manera que el fenómeno no se configuró pues entre diciembre de 1993 y diciembre de 2004 solamente transcurrieron 9 años y no los 12 que se requieren para ello.

Tampoco operó la prescripción respecto de la falsedad ideológica en documento público que se imputó por razón de la elaboración del acta 2570, pues si bien es cierto la incriminación no fue agravada por el uso –en la medida en que el acta no fue presentada para su pago–, también lo es que, en todo caso, la fecha de elaboración de dicho documento no fue, al contrario de lo que concluyó el Tribunal, el 30 de diciembre de 1993.

Lo anterior, por cuanto la prueba permite ver a las claras que la existencia y elaboración de dicha acta no se remonta más allá del 2 de julio de 1998, fecha en la que aparece relacionada por primera vez en una inspección judicial realizada al Juzgado Cuarto Laboral de Barranquilla.

Significa lo anterior que la aludida acta 2570 fue elaborada con anterioridad a la fecha referida -2 de julio de 1998-, pero de allí no puede inferirse, como de manera apresurada lo concluyó el ad-quem, que en verdad fue suscrita en la época que en ella aparece, esto es, el 30 de diciembre de 1993. Por lo tanto, lo acertado hubiese sido tomar como referencia para determinar la elaboración del acta 2570 un periodo cercano al mes de julio de 1998 o, a más tardar, el año de 1997, tal como lo refirió en su indagatoria el abogado litigante José María Iguarán al determinar la época del origen de las defraudaciones.

De manera contraria a la conclusión deducida por el Tribunal, la prueba que obra en la actuación permite ver a las claras que las actas cuestionadas no existían para el año de 1993; así lo muestran medios de convicción, entre ellas la declaración de William Hernández Carrillo, quien ocupó el cargo de Gerente del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla hasta el 31 de diciembre de 1993, y expuso en su declaración que al término de su gestión las acreencias del pasivo social ‘quedaron en ceros’, pues esa era la fecha límite de liquidación del fondo del pasivo social de Puertos de Colombia, y que en el mes de diciembre del año mencionado se hicieron y autorizaron solamente unas pocas conciliaciones –nunca las cerca de 1000 que fueron detectadas- entre las que no se encontraban las que aquí son objeto de investigación y que, dada su gran cuantía, era imposible que pasaran inadvertidas en los balances.

En similar sentido se expresó Álvaro Serrano Vivius, Director Jurídico del Terminal de Barranquilla para diciembre de 1993, quien depuso que una suma como la que representaban las actas cuestionadas ha debido verse reflejadas en los balances finales,

pero, por el contrario, ningún funcionario, ni los inventarios de activos y pasivos dan cuenta de ellas. Así mismo, el informe de la Contraloría General de la República da cuenta de las irregularidades atribuidas a ex trabajadores de la Empresa de Puertos de Colombia, abogados litigantes, servidores públicos y directivos de la empresa detectadas con ocasión del hallazgo de casi 1000 actas fechadas en diciembre de 1993, las cuales, una vez más, no figuran en los registros de esa época, lo cual permite inferir razonablemente que no pudieron ser elaboradas en ese tiempo, sino posteriormente.

El fallador de segunda instancia concluyó que las actas cuestionadas en verdad fueron elaboradas en la fecha que en ellas aparece -30 de diciembre de 1993- pues estima que no todas las aproximadamente 1000 actas de conciliación fueron falsificadas. Para sustentar dicha apreciación, admite, por una parte, que en verdad el acta 2570 no fue registrada en la Inspección Judicial efectuada al Juzgado Cuarto Laboral de Barranquilla el 22 de mayo de 1997, pero de allí -afirma- no se puede inferir que en realidad no existiera, pues enseguida advierte que en dicha diligencia no se halló un archivo especializado que diera cuenta de todos los documentos, como también que el dictamen grafológico no se pronunció sobre la falsedad de la firma del representante de la empresa portuaria.

A partir de lo anterior, edifica una duda sobre la verdadera fecha de elaboración del acta 2570, la cual resuelve a favor del procesado, es decir, admitiendo que fue elaborada el 29 de diciembre de 1993.

La conclusión así obtenida es equivocada de cara al contenido probatorio de la actuación, pero no porque el ad-quem hubiese omitido la apreciación de las pruebas testimoniales que enuncia el libelista a nombre de la Fiscalía, pues la Corporación encuentra que en verdad el juzgador de segunda instancia contempló que la gerencia de Colpuertos autorizó unas pocas conciliaciones para diciembre de 1993, como también el dicho del gerente del terminal fluvial y marítimo de Barranquilla y los de exportuarios que

desconocieron los poderes para conciliar y las actas respectivas (pag. 28-29, 32 del fallo de segundo grado).

El error de apreciación consiste, entonces, en la omisión de la prueba documental, es decir los balances y auditorías de la entidad en los que en realidad no aparecen registradas obligaciones originadas en las actas cuestionadas, conforme lo acredita el raciocinio plasmado por el fiscal delegado en su demanda.

Además, el juzgador se apartó de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los medios de convicción, toda vez que desconoció tanto el contexto de los hechos como el bien conocido y generalizado modus operandi dentro del cual aquéllos se dieron, hechos que terminaron con la defraudación masiva a los recursos estatales.

En particular, el Tribunal olvidó que, aunque en verdad no todas las casi 1000 actas de conciliación fueron falsificadas, la totalidad de dichas conductas no fue el objeto de esta actuación, sino solamente las alteraciones referidas a las Nos. 1463, 1743 y 250, actas cuya existencia en verdad no consta en los balances ni en los inventarios de activos y pasivos de Foncolpuertos para 1993, y que por su elevado monto naturalmente no habrían podido pasar desapercibidas. Por el contrario, llama la atención que de la existencia de las actas cuestionadas solamente obre constancia con posterioridad al año de 1997 y no antes, cuando por su contenido sería de esperar que quienes las suscribieron hubiesen pretendido no omitir sino, por el contrario, dejar constancia de su existencia y fecha de elaboración.

Por último, dentro del mismo cargo, los demandantes -una vez más- refuerzan el error de raciocinio del juzgador de segunda instancia por haber desconocido el contexto dentro del cual ocurrieron los hechos. Para ello, señalan como contrario a las reglas de la sana crítica que el fallador hubiera admitido la existencia del andamiaje delictivo encaminado a defraudar los recursos estatales y, al mismo tiempo, hubiera excluido de él al

procesado ÁVILA MORALES.

Planteado el reproche de esta manera, la Sala encuentra que, por una parte, es cierto que el sentenciador de segunda instancia admitió la existencia de una red integrada por extrabajadores, abogados litigantes y servidores públicos, encaminada a los fines ilícitos ya reseñados.

Así quedó plasmado en el fallo, más exactamente cuando el Tribunal hizo referencia a los siguientes aspectos: i) señaló la existencia de “la empresa criminal diseñada para causar mengua en el erario público”; ii) admitió que las actas falsificadas fueron presentadas por los abogados ante la autoridad judicial para su cobro; iii) reconoció “la falsedad de la firma de la representante de los extrabajadores y del apoderado de Colpuertos en el acta de conciliación #1468, como la falsedad de la rúbrica del representante de los exportuarios en la #1743” y; iv) corroboró el hecho de que “se encuentra comprobado dentro de la actuación que luego de ser presentadas las referidas actas (falsificadas) ante la autoridad judicial para su cobro”.

Pero, en contraste con lo anterior, precisó que ÁVILA MORALES no fue parte de ese complejo entramado, pues su labor se limitó a sustituir poderes de los anteriores litigantes, es decir, que su intervención se produjo cuando ya las conductas ilícitas se habían agotado.

Una vez más, el fallador de segunda instancia insiste en desconocer las reglas de la sana crítica y, de allí, el contexto dentro del cual se produjeron los bien conocidos hechos que terminaron en la defraudación a los recursos de Foncolpuertos, pues admitir, por una parte, que el plan criminal efectivamente se puso en marcha respecto de las actas 1468, 1743 y 2570 pero, al mismo tiempo, desligar del mismo al abogado litigante FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES -quien sustituyó a los anteriores apoderados que intervinieron en la falsificación de dos de las actas y él mismo suscribió una de ellas,

la 2570- resulta del todo contradictorio e inexplicable.

El anterior aserto surge de la contrariedad con el sentido común y la experiencia que se extrae de numerosos casos asociados a las irregularidades en torno a la liquidación de Foncolpuertos. Así, admitir que frente a actas de conciliación, cuyo cobro representaba más de \$1.500.000.000, los numerosos perpetradores, sin más, abandonen la parte culminante del iter crimis, como lo es el cobro de la multimillonaria suma, a un apoderado ingenuo y ajeno a todo el complejo entramado delictivo, quien solamente se limita a prestar “una función irrelevante, candorosa y de buenos oficios”, con el pueril argumento de que su ubicación en Bogotá le facilitaba la vigilancia del proceso, es del todo ajeno a las reglas del sentido común y de la experiencia.

Una circunstancia como la que pretende defender el juzgador de segunda instancia no es razonable, pues no se percata de lo extraño que resultaría que la criminalidad de cuello blanco que se desplegó alrededor de la liquidación del fondo del pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia, de un momento a otro, frenara su ávido, bien montado y rentable actuar ilícito para, en el último momento, renunciar a tan lucrativo beneficio, solo para no asumir el costo del transporte entre Barranquilla y Bogotá. El raciocinio en esos términos desarrollado no solamente desconoce los parámetros de la sana crítica, sino que es inconsecuente con la propia tesis del ad-quem, la cual, tras admitir la existencia de la red criminal y la actuación de numerosos roles dentro de ésta, termina por desconocer lo evidente, es decir, el necesario nexo entre los comportamientos punibles realizados y la actuación del procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES.

Con la anterior postura, la Sala no pretende oponer su propio criterio probatorio a la ponderación del fallador de segunda instancia, pues éste, como es sabido, es autónomo en la apreciación de los medios de convicción. En contraste, lo que la Corte ha encontrado

demostrado a partir de los argumentos que sustentan los cargos que se abordan en este acápite, es un yerro relevante de apreciación probatoria, constitutivo de falsos raciocinios, que se concreta en la contradicción con las reglas de la experiencia y del sentido común que operan en masivas defraudaciones a recursos estatales, como ocurrió en el caso presente.

Ahora bien, en relación con el grado de participación del procesado, se dirá, como de manera acertada lo determinó el juzgador de primera instancia, que la actuación de ÁVILA MORALES al incurrir en conducta punible de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso que recayó sobre las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743 la cometió en condición de determinador, en la medida que al compartir roles con los demás agentes y participar en el convenio defraudatorio, en especial, al materializar el uso de dichos documentos, el abogado hizo incurrir en error a los funcionarios judiciales y administrativos con el fin de obtener, y efectivamente obtuvo, la emisión de decisiones contrarias a la ley, precisamente por tener origen en documentos espurios.

En lo referente al acta No. 2570, el procesado actuó como interviniente (artículo 30 del Código Penal), en la medida en que, según lo ha interpretado la jurisprudencia vigente⁸, suscribió personalmente el acta falsa 2570, es decir, realizó materialmente la conducta descrita en el tipo, pero al mismo se trata de un particular que no tiene la calidad que exige el tipo penal para el autor.

Es necesario precisar que, así como lo pregonan las demandas de casación, en los yerros de indebida apreciación probatoria, constitutivos de falsos raciocinios, no solamente afectan los razonamientos del sentenciador de segundo grado en lo que se refiere al comportamiento punible de falsedad ideológica en documento público, sino lógica y naturalmente a aquellos que terminan por descartar la apropiación de dineros de la administración, conducta que inicialmente fue imputada como estafa en la resolución de acusación y retomada por el Tribunal, con fundamento en la apreciación probatoria.

Significa lo anterior que, sin desconocer –como se ha venido sosteniendo en esta providencia– que el ad-quem no incurrió en irregularidad alguna al desechar la variación de la calificación jurídica introducida por la fiscalía para, en su lugar, acoger la fijada en la resolución de acusación bajo el nomen iuris de estafa, lo cierto es que el razonamiento que condujo a la absolución por este último delito es el producto de una indebida apreciación probatoria, tal como lo demuestran las demandas formuladas por el agente del Ministerio Público y el Fiscal Delegado. Así las cosas, como consecuencia de la corrección del yerro demostrado, la Corte habrá de emitir decisión condenatoria de reemplazo respecto de los comportamientos punibles de falsedad ideológica en documento público y estafa, conforme los razonamientos desarrollados en este acápite.

Por lo tanto, el tercer cargo de la demanda presentada por el Procurador Judicial Penal, así como los cargos tercero y cuarto de la presentada por el Fiscal Delegado prosperan en esta sede extraordinaria, motivo por el cual la Corporación casará parcialmente la decisión recurrida.

Por último, es necesario recordar que el Tribunal dispuso la cesación del procedimiento en contra de FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES por el delito de concierto para delinquir, en razón de la prescripción de la acción penal. Esta decisión habrá de confirmarse en esta sede extraordinaria, toda vez que las demandas presentadas por los recurrentes no se refieren a ese preciso aspecto, de manera que la decisión recurrida, en lo que se refiere a este asunto, mantiene su vigencia, dado que la doble presunción de acierto y legalidad que la ampara no fue desvirtuada por los libelistas.

Decisión de reemplazo: determinación de la punibilidad.

A manera de conclusión de los anteriores razonamientos, la Corporación encuentra que, como consecuencia de la prosperidad de los cargos formulados y la consecuente necesidad de casar íntegramente el fallo recurrido, es necesario emitir sentencia de reemplazo en contra de FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES en la cual se le declara penalmente responsable de las siguientes conductas punibles:

i) Fraude procesal, en calidad de coautor, respecto de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, en concurso homogéneo y sucesivo; ii) Estafa en concurso homogéneo y sucesivo, en condición de coautor, respecto de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, y en la modalidad tentada para el acta No. 2570; iii) falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, en concurso homogéneo y sucesivo, en condición de determinador, en lo que tiene que ver con el comportamiento desplegado con relación a las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, y el mismo delito, sin la agravación por el uso, en condición de interviniente con referencia al acta No. 2570.

Fijados así los comportamientos por los que ha de ser condenado el procesado ÁVILA MORALES, conforme los razonamientos plasmados en los acápite anteriores, la Corporación procederá a fijar la punibilidad que corresponda. Para ello, respetará los criterios adoptados por el juzgador de primera instancia, en lo que sea procedente.

En estas condiciones, se observa que el comportamiento punible correspondiente al de estafa agravada resulta ser el que contempla la pena más alta, pues el ámbito de movilidad punitiva abarca 164 meses, los cuales se inician en un límite mínimo de 16 hasta un máximo de 1809, meses conforme los artículos 356, en asocio con el 372-2 del Código Penal de 1980, norma que para efectos de individualizar la pena es más favorable que el artículo 246 de la Ley 599 de 2000¹⁰, toda vez que si bien es cierto esta última tiene una pena máxima inferior, también lo es que en este caso particular, la pena que se impondrá al procesado habrá de ubicarse dentro del cuarto mínimo, motivo por el

cual la sanción definitiva será más favorable que si se tomara la norma del Código Penal hoy vigente.

De allí que la extensión de cada cuarto punitivo sea de 41 meses, de modo que el cuarto mínimo -dentro del cual se individualizará la pena de privativa de la libertad, puesto que no existen circunstancias de mayor ni de menor punibilidad- se extiende entre los 16 y los 57 meses de prisión.

Con el fin de individualizar la pena dentro del rango temporal reseñado, la Sala comparte el criterio fijado por la juez de primer grado en el sentido de tener en cuenta “la ingente gravedad de la conducta, al atentar de forma grave contra el patrimonio del Estado; el daño real y potencial creado con los delitos, por cuanto tanto efectivamente como potencialmente se vio mermado el erario en forma exorbitante, la intensidad del dolo presente en la conducta, materializado en la premeditación con la cual se delinquirió y en la multiplicidad de conductas a las que se acudió con el fin de lograr el cometido, y la imperiosa necesidad de imponer una pena proporcional para quienes decidieron separarse de la legalidad”.

Por lo tanto, comoquiera que, con apoyo en el criterio expuesto, la funcionaria a-quo incrementó la pena en el fallo de primer grado en 23 meses, contados desde el límite mínimo del primer cuarto -guarismo que equivale al 46,5% de la extensión del cuarto- entonces ahora se habrá de incrementar la pena en la misma proporción (que en este caso equivale a un incremento de 19 meses) a partir del límite inferior del cuarto correspondiente. Así, la pena para el delito de estafa agravada peculado por apropiación, individualmente considerado, queda fijada en 35 meses de prisión.

Respecto de los restantes delitos que conforman el concurso de conductas punibles, la juzgadora de primer grado, en aplicación de la regla prevista en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, se limitó tomar la pena ya fijada para el delito base y a hacer, a partir de

allí, los siguientes incrementos: 5 meses por el restante delito base (en este caso la estafa agravada consumada); 2 meses y 15 días por la misma conducta en su modalidad tentada; 3 meses por cada una de las imputaciones de prevaricato por acción (ahora, fraude procesal); y 3 meses por cada imputación de falsedad ideológica en documento público, sin distinción respecto de la condición de determinador o interviniente atribuida al procesado en cada caso, ni del concurso homogéneo y sucesivo en que se le imputó el fraude procesal y la estafa agravada, como tampoco de la agravación del delito contra la fe pública.

Y aunque con esta manera de desarrollar el ejercicio de individualización de la pena, la juez de instancia omitió dar cumplimiento a los lineamientos ya decantados por la jurisprudencia de la Sala, particularmente en la sentencia del 24 de abril de 2003, rad. 18856, según los cuales el fallador, al dar aplicación al artículo 31 del Código Penal, debe fijar la pena de manera individual para cada uno de los punibles involucrados en el concurso, en toda caso, la Corporación habrá de respetar en esta ocasión tan particular ejercicio de dosificación punitiva, toda vez que el guarismo final obtenido respeta los parámetros fijados por el artículo 31 del Código Penal y, en todo caso, no acarrea un evidente perjuicio al procesado.

Además, al respetar el criterio aplicado por el a-quo en el ejercicio de dosificación punitiva, se acoge, además a la postura decantada en el fallo del 24 de enero de 2007, rad. 22797, a través del cual se precisó que “cuando en sede de casación debe realizarse la redosificación punitiva por razón de un concurso de conductas punibles, al disminuirse la pena del tipo base del concurso, es decir, del que sirvió de referente para calcular el incremento por los comportamientos delictivos concurrentes, debe aplicarse a la nueva pena básica la misma proporción de aumento que se hizo al determinar originalmente la punibilidad, a riesgo, en caso contrario, de llegar a aplicar una pena desproporcionada e ilegal.” (subraya la Corte en esta oportunidad).

Así las cosas, aplicando el criterio judicial al ejercicio de fijación de la pena de prisión que se viene realizando, se tiene que la individualizada para el delito de estafa agravada fue de 35 meses. De allí –acogiendo el incremento que por el concurso fijó la funcionaria a-quo- el incremento será de 22 meses y 15 días, lo que arroja una pena privativa de la libertad definitiva de 57 meses y 15 días.

La pena principal de multa, acogiendo el criterio del fallador de primer grado, será fijada igualmente en \$721'570.297,18 suma equivalente al monto de lo apropiado, según consta en actas de conciliación Nos. 8 y 4 del 22 de abril y 5 de junio de 1988, respectivamente. Por otra parte, la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la accesoria de prohibición para el ejercicio de la profesión de abogado, serán fijadas, respectivamente, en término igual al de la pena privativa de la libertad y en 5 años, respectivamente, al igual que lo determinó el a-quo. Esta última sanción encuentra su razón de ser en que el procesado llevó a cabo las conductas punibles por las cuales ha sido hallado responsable y condenado en contravención a las obligaciones que del ejercicio de dicha profesión se derivan.

Respecto de la condena al pago de perjuicios, recuérdese que el sentenciador de primera instancia no los encontró demostrados para la parte civil constituida por Fidupacífico, pues en la actuación no existe prueba de los contratos de fiducia, mediante los cuales se cancelaron las actas que enuncia en la demanda y que hacen parte de este proceso. Dicha conclusión no fue modificada por el fallador de segunda instancia, ni el sujeto procesal recurrió ante esta sede extraordinaria, motivo por el cual, en ese preciso aspecto, se confirmará la decisión recurrida.

No ocurre lo mismo respecto de los perjuicios ocasionados al Ministerio de Protección Social, entidad gubernamental que, en obediencia al Decreto 1689 del 27 de junio de 1997, asumió el pasivo pensional de la Empresa Puertos de Colombia y/o Foncolpuertos “con el objeto de garantizar la adecuada representación y defensa del

Estado, la atención de los procesos judiciales y demás reclamaciones de carácter laboral a cargo del Fondo”, y se constituyó como parte civil dentro del proceso.

Así, compartiendo la Corporación la apreciación de la juzgadora a-quo, el perjuicio sufrido por dicha entidad equivale a la suma de lo efectivamente pagado, en virtud de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, según consta en las actas Nos. 8 y 4 del 22 de abril y 5 de junio de 1998, esto es al monto de \$721'570.297,18., con la respectiva corrección monetaria que habrá de operar hasta el día del pago. La cantidad reseñada, deberá ser pagada por el procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES a favor del Ministerio de Protección Social dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de este proveído.

En lo que tiene que ver con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, resulta evidente que ésta es improcedente por incumplimiento del requisito objetivo fijado por el artículo 68 del Código Penal, pues la pena de prisión a la que fue condenado el procesado ÁVILA MORALES excede de el límite superior de 3 años allí dispuesta para que proceda el subrogado. Con todo, aún cuando el requisito objetivo no encontrara acreditación, en todo caso la Sala debe precisar que la naturaleza y modalidad del hecho punible, esto es la defraudación a recursos estatales en la cuantía ya conocida, haciendo caso omiso al interés público, a los deberes éticos de la profesión e incluso a los deberes que la propia [Constitución Política](#), en su artículo 95-7, fija para todos los ciudadanos en el sentido de colaborar con la buena administración de justicia, así como el ostensible engaño al que sometió a los servidores públicos, permite inferir a la Corporación que el procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES requiere de tratamiento penitenciario.

Igual ocurre respecto del beneficio de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del mismo Estatuto, pues la Corporación estima, al igual que en su momento lo expresó la juez de instancia, que el desempeño personal, laboral y social se encuentra ligado a la

naturaleza de la conducta punible cometida, y lo que enseña la actuación es que el comportamiento de FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES contraviene los principios de dignidad propios de la profesión de abogado. El hecho de concertarse para cometer los delitos que fueron necesarios para atentar contra los recursos estatales, el contexto de corrupción que caracterizó la intervención del abogado dentro de uno de los actos delictivos que más ha afectado a la sociedad y a la legitimidad del Estado, deja ver que su comportamiento contraría los valores de solidaridad que la vida en comunidad- así sea en prisión domiciliaria- exige.

En consecuencia, en firme esta decisión se libraré la correspondiente orden de captura en contra de FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES, ante los organismos de seguridad del Estado.

Cuestiones adicionales

Conforme lo ha enseñado la jurisprudencia de la Sala (sentencia del 11 de diciembre de 2003, rad. 19775), y en consideración a que las resoluciones 1502 y 2070 de 1998 del Ministerio de Hacienda - Bonos TES, emitidas por Foncolpuertos, tuvieron origen en documentos falsos, se dispone declarar sin efectos esos actos administrativos, sin perjuicio de la competencia que les asista a otros organismos judiciales o administrativos. Dicha determinación se comunicará al Ministerio de Hacienda, para los efectos legales que correspondan.

Así mismo, se dispondrá que, una vez ejecutoriada esta providencia, se compulsen las copias pertinentes con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se establezca la procedencia de la acción de extinción de dominio a favor del estado sobre los bienes del condenado, conforme lo previsto en la Ley 793 de 2002.

En firme el fallo proferido en esta sede extraordinaria, compúlsense las copias de que trata el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y dése aviso a las autoridades respectivas, para los fines legales allí previstos.

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

PRIMERO: NO CASAR la sentencia recurrida por razón de los cargos segundo de la demanda presentada por el Procurador Judicial Penal y cargos primero y segundo de la demanda del Fiscal Delegado de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública.

SEGUNDO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, conforme los cargos formulados el Procurador Judicial Penal 171 y el Fiscal Tercero Delegado adscrito a la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condenar al procesado FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES a las penas principales de 57 meses de prisión multa de \$721'570.297,18, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, así como a la accesoria de privación del derecho para el ejercicio de la profesión de abogado por término de 5 años, como responsable de las conductas punibles, en concurso homogéneo y sucesivo, de estafa gravada consumada respecto de las actas de conciliación Nos. 1468 y 1743, y tentada en lo referente al acta 2570, en condición de determinador; fraude procesal respecto de las actas 1468 y 1743, en condición de determinador; falsedad ideológica en documento público, en condición de interviniente, por el acta 2570 y por el mismo delito, en calidad de determinador, por las actas Nos. 1468 y 1743.

CUARTO: Absolver a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES del comportamiento punible de fraude procesal, respecto del acta de conciliación No. 2570.

QUINTO: DECLARAR que el condenado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

SEXTO: CONDENAR a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES al pago de la suma de \$721'570.297,18 por concepto de daños y perjuicios materiales a favor del Ministerio del Minutero de la Protección Social. Dicha suma deberá ser pagada por el condenado, con la correspondiente corrección monetaria, dentro de los 6 meses siguientes a la emisión de esta sentencia.

SÉPTIMO: NO CONDENAR al FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES al pago de daños y perjuicios a favor de la entidad FIDUPACÍFICO S.A.

OCTAVO: Declarar sin efectos las resoluciones 2070 y 1502 de 1998 del Ministerio de Hacienda - Bonos TES, debidamente individualizadas en este fallo, sin perjuicio de la competencia que le asista a otros organismos jurisdiccionales o administrativos. Comuníquese lo aquí decidido a la referida entidad gubernamental.

NOVENO: Una vez ejecutoriada esta providencia compulsense las copias pertinentes con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se establezca la procedencia de la acción de extinción de dominio a favor del estado sobre los bienes del condenado, conforme lo previsto en la Ley 793 de 2002.

DÉCIMO: Líbrese orden de captura ante las diferentes autoridades en contra de FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES para el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

DÉCIMOPRIMERO: En firme esta decisión, dése cumplimiento a lo normado en el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

DÉCIMOSEGUNDO: Declarar que, en lo demás, la decisión del ad-quem mantiene su vigencia.

DÉCIMOTERCERO: PRECISAR que contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

CITA MÉDICA

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 “cumpliendo su rol en dos de las actas imputadas (1468 y 1743 de 1993), al realizar personalmente el cobro de las mismas mediante Bonos TES, Clase B, expedidos por el Ministerio de Hacienda, y en la otra acta (2570) al intervenir personalmente como apoderado de los extrabajadores para darle legalidad a la misma y concurrir en otro de los roles encargados” (pág. 27, fallo del juzgado).

2 “efectivamente actuó tanto como determinador en dos actas (las Nos. 1468 y 1743) y como interviniente en la otra (No. 2570)... en otras palabras, como el abogado ejecutó directamente esta conducta punible (en el caso del acta No. 2570), eso lo

excluye por definición como determinador. Situación que el procesado cumplió al momento de presentar en conciliación el cobro de las actas 1468 y 1743 de 1993, pues usó los documentos falsos (actas) ante la entidad encargada de cancelar los pasivos de Colpuertos, logrando le ordenaran el pago mediante Bonos TES, Clase B, decretando unos pagos a favor de los trabajadores que supuestamente representaba, conducta que sin lugar a duda lo deja incurso en la agravante de dicho delito. Finalmente, frente al acta 2570 de 1993 al no obrar dentro del plenario prueba de su utilización se encuentra demostrada la tipicidad frente al delito de falsedad ideológica de documento público, en calidad de interviniente” (pág. 35, 39 fallo de primer grado)

3 “Es precisamente esa circunstancia de la apropiación de dineros del Estado, en beneficio propio y/o de terceros, denota la riqueza descriptiva que tipifica el delito de peculado por apropiación para sus partícipes, como ocurre en el caso de particulares como es FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES, determinador”. “Imputaciones con carácter de consumado respecto de las actas 1468 y 1743 de 1993, por cuanto mediante actas de conciliación fueron canceladas mediante resoluciones del Ministerio de Hacienda. La otra imputación, es decir el acta 2570 de 1993 tiene el carácter de tentada, al no obrar constancia de su cancelación” (pág. 46, 47).

4 “los abogados que participaron como supuestos apoderados de los extrabajadores y el servidor público en representación de la empresa que participaron en los respectivos trámites efectivamente provocaron la idea criminosa en el director de la entidad para el proferimiento de resoluciones que ordenaron los pagos, con fundamento en expedientes falsos y derechos a prima facie ilegítimos. No hay duda que los abogados que propendieron el cobro de los consabidos documentos y el servidor público que secundaron tal empeño, pretendían la obtención de un acto administrativo manifiestamente ilegal por carecer de sustento legítimo a través del cual tendrían acceso expedito al respectivo pago” (pág. 49, decisión del a-quo).

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 10 de abril de 2009, radicación No. 31448 (Foncolpuertos). Dicha decisión, a su vez, cita el auto del 25 de febrero de 2004, radicado: 18641, que, a su vez, hace referencia a la sentencia del 16 de noviembre de 1993, rad. 8129; auto del 9 de abril de 1999, rad. 13165; auto del 24 de septiembre de 2002, rad: 12951, todas ellas en el mismo sentido.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación No. 31424.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de junio de 2008, radicación No. 28562.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de julio de 2003, radicación No. 20704.

9 Así resulta luego de aplicar la regla de que trata el artículo 60-4 del Código Penal de 2000 al artículo 356, en asocio con el 372, del Código Penal de 1980: “si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica”.

10 Según el Estatuto Sustantivo de 1980, la pena para el delito de estafa oscila entre 1 y 10 años, mientras que la agravación por razón del artículo 372 incrementa ese rango de la tercera parte a la mitad. En el Código Penal de 2000, la estafa tiene fijada una pena que abarca desde los 2 hasta los 8 años, en tanto que, por virtud de la agravación, dicho rango se incrementa de la tercera parte a la mitad.