

Proceso No 31276

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado acta N° 138.

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de EMIL STEVEN DUNCÁN ROYERO contra la sentencia del 25 de junio de 2008 mediante la cual la Sala Penal de Descongestión para FONCOLPUERTOS adscrita al Tribunal Superior de Bogotá, confirmó el fallo proferido el 31 de marzo del mismo año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión, que condenó al mencionado procesado a las penas principales de 8 años de prisión, \$114.209.578,48 de multa e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el mismo término, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de la abogacía por el lapso de 3 años, como determinador del delito de peculado por apropiación.

HECHOS

El Tribunal los resumió en los siguientes términos:

“El 18 de septiembre de 2005 el abogado EMIL STEVEN DUNCÁN ROYERO, en representación de Celso González Álvarez y Germán González Rosales formuló demanda ejecutiva laboral contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA -en liquidación-, con fundamento en las resoluciones 049761 y 049773 del 31 de diciembre del año de 1993. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla accedió a las pretensiones del demandante y emitió mandamiento de pago el 5 de octubre de 1995 por valor de \$114.209.578,48. Con fundamento en esa decisión mediante resolución de fecha 26 de febrero de 1996, el Director del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, reconoce y ordena el pago de salarios moratorios y agencias en derecho a los demandantes con nota débito del Banco Ganadero a favor de EMIL STEVEN DUNCÁN ROYERO. Estas erogaciones se realizaron a favor de personas una de ellas inexistente y otra que nunca había laborado en la empresa Puertos de Colombia”.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación estuvo a cargo de la Fiscalía Tercera perteneciente a la Unidad Nacional Anticorrupción, despacho judicial que la inició el 13 de abril de 2005, escuchando en indagatoria a EMIL STEVEN DUNCÁN ROYERO el 31 de agosto de 2006.

El 16 de enero de 2007 clausuró la instrucción y el 20 de marzo siguiente calificó el mérito del sumario, oportunidad en la cual profirió resolución de acusación contra DUNCÁN ROYERO por el delito de peculado por apropiación. En la misma decisión se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento por no ser necesaria, atendidos sus fines constitucionales.

En firme el pliego acusatorio, asumió el conocimiento del proceso el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión, funcionario que tras surtir las fases previas

del juicio, puso fin a la instancia mediante la sentencia del 31 de marzo de 2008, en la cual, como ya está dicho, condenó al procesado por el ilícito de peculado en calidad de determinador.

Contra esa determinación el propio sentenciado interpuso el recurso de apelación, por cuya vía el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Especial de Descongestión para FONCOLPUERTOS, le impartió confirmación en el fallo del 25 de junio de 2008, ante lo cual la defensa acudió al recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El impugnante formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal, por violación directa de la ley sustancial, por exclusión evidente del numeral 3º del artículo 30 del Código Penal de 2000 y aplicación indebida del artículo 84 ibídem, que condujo a la vulneración de los derechos al debido proceso, derecho de defensa y e igualdad.

Sustentó el reproche señalando que los hechos por virtud de los cuales se adelanta este proceso tuvieron ocurrencia el 16 de febrero de 1996, fecha en la cual se hizo el pago total de la acreencia cuestionada, mientras la ejecutoria de la resolución de acusación se produjo el 20 de abril de 2007, luego transcurrieron 11 años, 2 meses y 4 días entre dichos momentos, tiempo suficiente para operar el fenómeno de la prescripción de la acción penal, como quiera que a los 15 años señalados como pena máxima para el delito por el que se procede se les debe aplicar disminución de la cuarta parte, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, por tratarse de determinación, quedando así dicho máximo en 11 años y 2 meses.

Considera erróneo el criterio de la Corte, conforme al cual resulta indiferente omitir en la parte motiva del pliego de cargos la forma de intervención en el hecho punible, es decir, si se trata de ejecutor material o determinador, pues en ambos eventos se impone la misma pena. En su concepto, esa posición debe rectificarse con

fundamento en “la nueva orientación jurisprudencial” efectuada en la decisión del 3 de junio de 1983, en la cual con ponencia del Magistrado LUIS ENRIQUE ALDAZA ROZO, se aclara que el determinador es partícipe y no propiamente autor.

Tras evocar apartes de dicha decisión y hacer referencia a las normas de carácter sustancial que regulan la prescripción de la acción penal, insiste en que en este caso procede la aplicación de la diminuyente prevista en el inciso 3º del artículo 30 precitado, habida cuenta que el procesado no tiene la calidad de funcionario público, lo cual impone afirmar la presencia de dicho fenómeno, por haber transcurrido más del tiempo exigido por la ley para el efecto, antes de producirse la ejecutoria de la resolución de acusación.

De esa manera, solicitó casar la sentencia para, en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La Sala inadmitirá la demanda instaurada por el defensor de EMIL STEVEN DUNCÁN ROYERO por no satisfacer los presupuestos de coherencia y adecuada sustentación contemplados en el numeral 3º del artículo 212 de la Ley 600 de 2000.

En efecto, la jurisprudencia de la Sala ha sido insistente en señalar que el cargo por prescripción de la acción penal debe proponerse por vía de la causal tercera de casación y desarrollarse conforme a la técnica de la causal primera, aquello porque la continuación de la actividad judicial más allá del momento en que el Estado pierde la potestad punitiva vulnera el debido proceso y ésto por cuanto la anomalía solamente puede provenir de la inadecuada interpretación o aplicación de normas concretas, o por el camino del yerro probatorio¹.

Constituye también criterio reiterado de la Corte que cuando el actor acude a la violación directa le es perentorio aceptar los hechos tal como los declaró probados el

fallador, sin que pueda tampoco controvertir el mérito asignado por el funcionario a las pruebas.

En el presente evento, el demandante no cumplió debidamente las reglas de fundamentación antes señaladas. De una parte, porque omitió proponer el reproche por vía de la causal tercera. Y de la otra, merced a que aun cuando para fundamentar el reproche acudió a la violación directa de la ley sustancial, se distanció de la realidad fáctica declarada probada por el juzgador.

Sobre el segundo de los puntos antes analizados, se observa lo siguiente: el fallador a quo encontró que los hechos ocurrieron el 16 de febrero de 1996 y que la cuantía del ilícito ascendió a la suma de \$114.209.578,48. Bajo esas premisas fácticas, adecuó el comportamiento desplegado por el procesado en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal de 2002, como quiera que dicha suma dineraria supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año de 19963, caso en el cual la pena se incrementa hasta en la mitad.

Por esa razón, el sentenciador de primera instancia dedujo como extremos punitivos dentro de los cuales dosificó la pena los límites oscilantes entre 6 años (el mínimo) y 22 años y 6 meses (el máximo).

Por lo anterior, la sanción máxima imponible por el delito de peculado por apropiación por razón del cual se condenó al procesado es 22 años y 6 meses y no 15 años, como lo afirma el casacionista con desconocimiento de la realidad fáctica demostrada en este caso.

Es cierto que, para efectos de determinar si en este evento operaba la prescripción de la acción penal, el Tribunal hizo referencia al término de 15 años, pero claramente se evidencia que se trató de un error involuntario, pues de lo contrario el ad quem hubiese disminuido la pena impuesta por el a quo al acusado, ante la indiscutible vulneración

que ello hubiere acarreado a sus garantías procesales.

En consecuencia, edificada la censura a espaldas de la situación factual establecida en el proceso, el libelo deviene inepto al no confeccionarse en forma compatible con la pretensión de obtener la prescripción de la acción penal, pues resulta claro que aun disminuyendo la pena en una cuarta parte con fundamento en el inciso final del artículo 30 del Código Penal de 2000, el guarismo máximo aplicable es superior al término transcurrido entre la fecha de la ocurrencia de los hechos y aquella en la cual cobró ejecutoria la resolución de acusación (25 de mayo de 2007), en tanto mientras dicho límite quedaría en 16 años, 10 meses y 15 días, el lapso corrido en ese interregno fue apenas de 11 años, 3 meses y 9 días.

No puede pasar por alto la Sala, de todas maneras, que el recurso de casación tiene como finalidades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 206 de la Ley 600 de 2000, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada, de donde se desprende que resultaría imperiosa la intervención del juez de casación, en aras de restaurar la legalidad quebrantada y asegurar la coherencia de la jurisprudencia del país, si se llegara a la conclusión de que el procesado se hacía acreedor a la diminuyente prevista en el inciso final del precitado artículo 30 del estatuto punitivo, por tratarse de interviniente desprovisto de las calidades especiales exigidas por el tipo penal de peculado por apropiación, pese a lo cual el sentenciador no se la reconoció, por cuanto de esa manera surgirían vulneradas sus garantías fundamentales.

Sin embargo, se observa que sobre el tema planteado por el actor existe en la Corte jurisprudencia pacífica y consolidada en el sentido de que dicha diminuyente no es aplicable cuando, como sucede en este caso, el delito se comete a título de determinación. Esta postura fue establecida en la sentencia del 8 de julio de 2003 proferida

dentro de la radicación 20704 y ha sido ratificada en numerosos pronunciamientos⁴. En aquel fallo se expresó lo siguiente:

“Es que, siendo absolutamente claro el artículo 305 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

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

...

“Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto

activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

“Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuenta sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr.gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo”.

En tal orden de ideas, como se anunció ab initio, se inadmitirá la demanda objeto de examen, debiendo precisar la Corte que no evidencia, en general, aspecto alguno constitutivo de vulneración de garantías fundamentales que le impongan intervenir oficiosamente, en orden a preservar su intangibilidad.

Al margen de lo anotado, encuentra la Sala que el juzgado incurrió en un lapsus cálamí cuando asignó en la parte resolutive de su sentencia carácter accesorio a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues lo procedente legalmente era imponerla a título principal, como lo entendió en la parte motiva de dicha decisión al señalar que la irrogaba con fundamento en el artículo 397 del Código Penal de 2000, norma que precisamente le asigna tal carácter. Para los fines de su ejecución, por consiguiente, deberá considerarse que dicha sanción reviste naturaleza principal.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de EMIL STEVEN DUNCÁN ROYERO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del estatuto procesal penal, contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS
QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Auto del 9 de noviembre de 2006, radicación 26198. En el mismo sentido auto del 2

de julio de 2008, radicación 29598.

2 Precisó el juez que la norma vigente para entonces señalaba una sanción privativa de la libertad idéntica.

3 Para esa fecha el salario mínimo legal mensual ascendía a \$142.125, luego los 200 salarios equivalen a \$28.425.000.

4 Tales: sentencia del 15 de junio de 2005, radicación 20528; auto del 5 de diciembre de 2007, radicación 28770; auto del 15 de diciembre de 2007, radicación 27712; auto del 23 de enero de 2008, radicación 28890; auto del 20 de febrero de 2008, radicación 26146; auto del 9 de abril de 2008, radicación 29452; sentencia del 17 de septiembre de 2008, radicación 26410; y sentencia del 18 de noviembre de 1008, radicación 25552.

5 Alude al artículo 30 (partícipes) del Código Penal, Ley 599 de 2000.