

Proceso nº 35606

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N°048

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012).

VISTOS:

Desata la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, ex-Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), en contra de la sentencia del 12 de octubre de 2010, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial lo condenó como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo.

HECHOS:

Ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), a cargo del doctor JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, se tramitaron los procesos ordinarios laborales radicados con los números 13126 y 13548, en los que figuraban como demandantes LUIS ALBERTO BARROS MÁRQUEZ y LUZ BERENICE AVILA DE MORENO, en su orden, y demandada el FONDO PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA FONCOLPUERTOS.

Los demandantes fueron representados por el mismo apoderado y los procesos, con pretensiones similares, tuvieron un desarrollo paralelo, así, las demandas se presentan en abril de 1995, y fueron admitidas, la demandada contestó pero no se le reconoció personería, por cuanto el poder conferido no iba dirigido al Juzgado, el 19 de marzo de 1.997 se dictó sentencia condenando a la demandada a cancelar sumas de dinero por concepto de diferencia de prima de servicios, prima de antigüedad, cesantías y reajuste de pensión.

El 4 de abril de 1997, ante petición del apoderado de los demandantes, en ambos procesos se libró mandamiento de pago en contra de FONCOLPUERTOS, en el caso de BARROS MÁRQUEZ por valor de \$ 55.741.564,23 y en el caso de AVILA DE MORENO, por la suma de \$ 41.115.618,22.

Mediante resolución 2226 del 12 de junio de 1998, la empresa FONCOLPUERTOS, en cumplimiento del acta de conciliación Nro. 90 del 8 de junio, ordenó cancelar a LUZ BERENICE AVILA DE MORENO, la suma de \$ 55.500.000 y al ex portuario LUIS ALBERTO BARROS MORENO, la suma de \$ 84.700.000.

Mediante escritos fechados el 27 de abril de 1999, el abogado de los demandantes desistió de la acción laboral, por pago de la obligación.

Luego de que el apoderado de la demandada FONCOLPUERTOS, solicitase la nulidad en ambas actuaciones, al resolver sobre la negación de las mismas, el Tribunal Superior de Barranquilla, dispuso la nulidad de lo actuado a partir del auto ejecutivo del 4 de abril de 1998 y ordenó que se surtiese el grado jurisdiccional de consulta¹.

Al conocer en grado de consulta de las sentencias del 19 de marzo de 1997, el Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral de descongestión decidió revocar los fallos y absolver a la demandada², al considerar que la actuación del Juez Cuarto Laboral de Barranquilla, doctor LUIS ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, se evidenciaba

manifiestamente contraria a derecho al condenar a la nación y disponer la cancelación de sumas no debidas que afectaron el patrimonio público por lo que se dispuso iniciar investigación contra el citado funcionario, por los delitos de prevaricato y peculado por apropiación.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El Ministerio de la Protección Social, Grupo Pasivo Social Puertos de Colombia, mediante las resoluciones 850 y 851 del 31 de agosto de 2005, dispuso revocar los pagos que se le habían hecho a los señores LUZ BERENICE ÁVILA DE MORENO y LUIS ALBERTO BARROS MÁRQUEZ. Igualmente compulsó copias ante la Fiscalía para que se investigase penalmente los hechos.
2. Por auto del 30 de septiembre de 2005³, la Fiscalía dispuso iniciar indagación preliminar con ocasión de los hechos referidos. El 12 de diciembre del mismo año⁴, se ordenó abrir investigación penal a la cual se decretó vincular mediante injurada a JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA.
3. A través de auto del 27 de diciembre de 2006⁵, decidió la Fiscalía declarar persona ausente al imputado doctor CONSTANTINO PRASCA, habiéndosele designado defensor de oficio.
4. El 29 de enero de 2007, la Fiscalía resuelve la situación jurídica del procesado CONSTANTINO PRASCA, imponiéndole medida de aseguramiento como presunto autor responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, agravado por la cuantía⁶.

En la misma providencia se precluyó la investigación respecto del delito de prevaricato.

5. El 28 de septiembre de 2007, ordenó la Fiscalía el cierre de la instrucción y correr

traslado para las alegaciones de rigor⁷.

6. En decisión del 26 de noviembre de 2007, se dispuso residenciar en juicio al procesado CONSTANTINO PRASCA, imputándole la comisión de los delitos de peculado por apropiación agravado, tipificado en el artículo 133-2 del Código Penal de 1980⁸, en concurso homogéneo.

7. La etapa de la causa fue asumida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla (Atlántico), surtidos los traslados previstos en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el 25 de febrero de 2009, se llevó a cabo la audiencia preparatoria⁹, en la cual no se resolvieron nulidades por no haber sido solicitadas, ni se decretaron pruebas a instancia de las partes, por no haberse solicitado.

La audiencia de juzgamiento se llevó a cabo el 12 de agosto de 2009¹⁰, habiéndose proferido sentencia el 12 de octubre de 2010¹¹, la cual fue adicionada por auto del 5 de noviembre de 2010¹².

LA SENTENCIA RECURRIDA

Se ocupa inicialmente el Tribunal de declarar impróspera la nulidad alegada por la defensa, por una supuesta falta de defensa técnica. En primer lugar, constata el Tribunal que el procesado siempre estuvo asistido por defensor de oficio. En segundo lugar, en punto de la inactividad de la defensa de oficio, razona el Tribunal concluyendo que ello pudo corresponder a la estrategia defensiva. Sostiene además que no se demostró la trascendencia del vicio invocado. Finalmente, concluye el Tribunal que fue el propio procesado quien al no concurrir a la actuación propició que se le designara defensor de oficio y por tanto no puede alegar en su favor su propia culpa.

A continuación se ocupa el Tribunal de definir el aspecto de la tipicidad de los hechos juzgados, concluyendo que se materializa el delito de peculado por apropiación, conducta

prevista en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000. Indica que se encuentran definidos los elementos del tipo como la calidad del sujeto activo, y la conducta, esto es, la apropiación de caudales públicos.

Destaca el a quo que se encuentra demostrado que el procesado CONSTANTINO PRASCA, valiéndose de su condición de Juez de la República, ordenó el pago indebido de dineros públicos al interior de los procesos radicados con los números 13126 y 13548. Aduce el Tribunal que el pago indebido se concluye luego de establecerse que no se había demostrado la relación laboral, la prueba de la convención laboral no llenaba los requisitos legales, no se consideró que algunos días debieron descontarse merced a una suspensión del contrato, y no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta.

En otro aparte, trata el Tribunal el tema de la disponibilidad jurídica que tenía el Juez Laboral sobre los dineros cuyo pago ordenó.

Se concluye, además, que la conducta es antijurídica y que el procesado actuó con culpabilidad dolosa.

En punto de la pena, considera el Tribunal que la norma aplicable es el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, señalando además que la cuantía de lo apropiado supera los doscientos salarios mínimos legales mensuales. En ese orden de ideas, establece que la pena debe fijarse entre el extremo mínimo de 72 meses y el máximo de 270 meses.

Establecidos los cuartos de movilidad, concluye el Tribunal que la pena debe fijarse dentro del primer cuarto medio, es decir, de 121.5 meses a 171 meses, por la mala conducta anterior debido a los antecedentes penales que registra el procesado. Así fija la pena en 121 meses y 15 días a los cuales suma diez meses más con ocasión del concurso homogéneo, para 131 meses 15 días.

La pena de multa la concreta en cuarenta mil salarios mínimos legales mensuales.

Por último, el Tribunal le niega la concesión de cualquier subrogado y sustituto penal al condenado.

ARGUMENTACIÓN DEL IMPUGNANTE:

El defensor del sentenciado CONSTANTINO PRASCA, inicialmente presentó un escrito¹³, en el cual se refiere a los siguientes aspectos:

Considera que el Tribunal no puede hacer juicios de legalidad sobre el hecho de que no se surtió el grado de consulta en las decisiones adoptadas por el Juez procesado, dado que para la época en que se producen dichas decisiones, no estaba clara la procedencia del grado de consulta, cita en tal sentido la decisión de la Corte Suprema proferida dentro del radicado 34175.

Por otra parte, aduce que tampoco se puede censurar el valor probatorio de las convenciones colectivas, por cuanto la Sala de Casación Laboral de la Corte ha sostenido que no se requiere que sean presentadas con la constancia de depósito, sino autenticadas por la respectiva sección del Ministerio.

Argumenta que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, puesto que estas normas indican que los documentos aportados al proceso que no hayan sido tachados de falsos, cobran autenticidad.

Finalmente, señala el impugnante que no es cierto que el tiempo de duración de una huelga, debiera ser descontada de la liquidación, puesto que la misma nunca fue probada por el demandado ni declarada ilegal por el Ministerio.

En el segundo escrito, el Defensor centra sus argumentos en los siguientes aspectos:

a. La tipicidad. Sobre este particular sostiene que el Tribunal equivoca sus juicios al considerar que se ha lesionado el bien jurídico de la administración de justicia y equivoca la interpretación sobre lo que debe entenderse por disponibilidad jurídica. Aduce que la disponibilidad jurídica la tienen los jueces sobre los bienes sobre los cuales deciden los diferentes conflictos. Indica que los funcionarios judiciales tienen la disponibilidad jurídica sobre los derechos en conflicto, mas no sobre las cosas muebles o inmuebles, a menos que se les haya entregado la administración o custodia.

En otro párrafo sostiene que está de acuerdo con el Tribunal en cuanto a “que el titular real de la salida del bien, como bien jurídico de la esfera de disponibilidad jurídica, sea la administración de justicia, en el caso concreto, ya que por tratarse de peculado, este sale del bien jurídico que protege a la administración pública, pero el bien entendido como recurso o dinero sale es de la administración de justicia”, porque de otra manera se entendería que el juez es administrador de recursos públicos.

b. Retoma el apelante el tema de la valoración que se dio por parte del Tribunal a las pruebas documentales allegadas al proceso laboral, para indicar que si las pruebas documentales aportadas por la parte demandante no fueron tachadas de falsas, tenía el juez del conocimiento que darles plena validez.

c.- En punto de la valoración que debió o no dársele a la convención colectiva en el proceso laboral, se insiste en que de acuerdo con la jurisprudencia no era preciso allegar la copia de la convención expedida por el depositario del documento, y transcribe extractos de decisiones al respecto.

d.- Sobre el grado de consulta a que debieron ser sometidos los fallos laborales repite lo expuesto en el primer escrito.

e. Critica que el Tribunal haya retomado los argumentos relacionados con la tipicidad del delito de prevaricato, cuya prescripción se decretó para edificar sobre ellos el juicio de

tipicidad del peculado.

f. En punto de la culpabilidad, vuelve sobre sus críticas al hecho de que la imputación dolosa se hubiese erigido sobre el supuesto de que no se diera la orden de tramitar el grado jurisdiccional de consulta.

g. Finalmente, hace referencia a la existencia de incongruencia entre el tipo imputado en la resolución de acusación y el deducido en la sentencia, así, sostiene, en la resolución de acusación se imputó el delito previsto en el artículo 133 del Código Penal de 1980, mientras que en la sentencia se dedujo el delito previsto en la Ley 599 de 2000 artículo 397. Razona concluyendo que la norma aplicable debió ser el artículo 133 referido por ser más favorable

Culmina el alegato demandando la revocatoria del fallo condenatorio.

CONSIDERACIONES:

1. La Corte es competente para conocer de este asunto en cuanto se trata de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal Superior (el de Barranquilla), en un proceso penal adelantado contra un juez de la república, para el caso, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico) doctor JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA. Los hechos por los que se procede guardan relación con el ejercicio del cargo y la función encomendada al mencionado funcionario. Todo ello de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000.

2. El derecho a la defensa técnica. Revisada la actuación se constata que el procesado CONSTANTINO PRASCA, fue juzgado en contumacia, merced a que, desde el año 2005, y hasta el 26 de abril del 2010, se desconocía su paradero.

Con ocasión del informe sobre el desconocimiento del paradero del sindicado, la

Fiscalía, el 24 de marzo de 2006, dispuso librar orden de captura para escucharlo en injurada¹⁴, habiendo sido declarado persona ausente el 27 de diciembre de 2006. En dicha decisión se le designó defensor de oficio. El abogado designado fue debidamente notificado de la referida providencia¹⁵.

Seguidamente, el 29 de enero de 2007, se resuelve la situación jurídica del procesado CONSTANTINO PRASCA y de dicha decisión es igualmente notificado personalmente el defensor de oficio¹⁶. El siguiente estanco procesal corresponde al auto que ordena el cierre de la investigación y correr traslado para alegar de conclusión¹⁷, se observa que al defensor de oficio se le libraron las correspondientes citaciones¹⁸.

Calificada la instrucción¹⁹, luego de dos citaciones al defensor de oficio inicialmente postulado, se procedió a relevarlo del cargo, designando en su lugar un nuevo defensor a quien se notifica la resolución de acusación²⁰.

Ante la manifestada imposibilidad de continuar la defensa de oficio en la ciudad de Barranquilla, el abogado HERNANDO RODRIGUEZ AMARILLO, presenta renuncia²¹, por lo cual de manera inmediata el Tribunal le designa un nuevo defensor con quien se adelanta la causa hasta la audiencia pública.

En el interregno entre la audiencia pública y el fallo de primera instancia hace presentación como defensor de confianza el abogado CARLOS EDUARDO MENESES CUDRIS, a quien no obstante la poca claridad del poder presentado ante un Notario Público del Estado de Florida en los Estados Unidos, como lo dejó evidenciado el Tribunal, se le reconoció personería y en la sentencia se le dio respuesta a sus alegaciones extemporáneas²².

En el trámite del recurso de apelación contra el fallo actuó otro profesional del derecho como apoderado de confianza, esto es, designado directamente por el

procesado, quien se encuentra recluso en la cárcel La Picota de Bogotá desde el mes de abril de 2010 por cuenta de otros procesos penales.

Como resulta evidente, los funcionarios a cargo de la investigación siempre han estado atentos a garantizar el derecho a la defensa del procesado CONSTANTINO PRASCA. Tal como lo consideró el Tribunal, no le es dable al nuevo apoderado cuestionar la actuación de sus predecesores, bajo el supuesto de que no actuaron. En tal sentido, más allá de demostrar la inactividad del defensor, lo relevante es indicar de qué manera esa pasividad redundó en una afectación al derecho de defensa, es decir, de qué forma la actuación que se echa de menos pudo tener incidencia en la responsabilidad deducida al procesado, análisis que se extraña quedando huérfana de sustentación la censura por lo que está llamada al fracaso.

3. Incongruencia entre la acusación y la sentencia. No es exactamente lo que plantea la defensa, un problema de congruencia, en tanto, como es fácil advertirlo el nomen iuris del hecho imputado no ha variado desde la providencia mediante la cual el sindicado fue declarado persona ausente hasta la sentencia de primer grado. De manera inequívoca los hechos siempre han sido calificados como peculado por apropiación, definición que se mantiene vigente a través de las distintas legislaciones que han regido el asunto, desde el código penal de 1.980 a la ley 190 de 1995, luego el Código Penal del año 2000 y hasta la reforma introducida por la ley 890 de 2004, en cuanto la conducta investigada se ha mantenido incólume a lo largo del tiempo.

Entiéndase entonces que, lo que en esencia reclama el defensor, es un asunto de aplicación de la ley penal más favorable. Insiste en que la norma aplicable es el artículo 133 del Código Penal de 1980.

No desconoce el defensor que el referido artículo 133 debe ser aplicado considerando las modificaciones punitivas introducidas por la ley 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción

y ello debe ser así, por cuanto es claro que los hechos tienen ocurrencia en vigor de la citada ley, tal como lo hubiera explicado la Fiscalía en la resolución de acusación:

“Al efecto necesario precisar que en los casos reseñados en precedencia, si bien unos fallos de los procesos ordinarios laborales referenciados se produjeron antes de la entrada en vigencia del mencionado estatuto anticorrupción, todos los pagos generados por esas determinaciones se concretaron cuando el mismo ya estaba rigiendo.

Así y precisado que la nueva ley 599 de 2000, aunque fuera solamente en lo que hace a la pena de multa, resulta menos grave y por ende impositiva su aplicación a cuenta de la mencionada regla de favorabilidad”.

En tal sentido, como se observa en la sentencia impugnada, el Tribunal dentro del mismo contexto definido en la resolución de acusación, decidió condenar aplicando el aludido artículo 397 de la Ley 599 de 2000, por resultar más favorable en la imposición de la pena de multa, en tanto respecto de la pena de prisión el quantum es el mismo.

4. Del prevaricato por acción. El apelante enfila la mayor parte de sus críticas a aquellas consideraciones que tienen que ver con la estructuración del delito de prevaricato, en cuanto se considera que, habiéndose decretado la prescripción sobre el mismo, no resulta legal valorar sus elementos configurativos.

Si bien es cierto la Fiscalía decretó la prescripción de la acción penal inherente al delito de prevaricato, ello no obsta para que sea valorada en punto de la constatación de un actuar alejado de la legalidad, que a su vez configuró otra conducta delictiva. No puede perderse de vista que nos encontramos frente a un concurso ideal de hechos punibles según las voces del artículo 31 de la ley penal.

El juicio valorativo sobre los hechos y circunstancias que determinaron la ilegalidad de

una conducta, para el caso del prevaricato, no tiene por finalidad deducir responsabilidad al procesado, sino sencillamente valorar tales hechos desde la óptica del peculado, a efecto de demostrar que el pago que se ordenó y que dispuso de caudales públicos, era contrario a derecho, en cuanto no tenía una causa lícita.

Sobre el particular, y, en casos relacionados con la misma empresa, ha sostenido la Corte²³:

“Ninguna razón asiste a la defensora cuando aduce que la prescripción que se generó y decretó en relación con el delito de prevaricato, impide cualquier valoración sobre las consecuencias de allí derivadas, porque a pesar de la prescripción, la conducta generadora del delito no desapareció del mundo fenomenológico, máxime cuando sus efectos trascendieron como medio idóneo para completar la labor delincencial, esto es, defraudar los intereses económicos estatales a través de fallos ilegales que buscaron asegurar pagos no debidos a extrabajadores de la empresa Puertos de Colombia.

Pero para abundar en razones, se recuerda que la Sala ya ha tenido oportunidad de reflexionar sobre situaciones similares a la aquí alegada, descartando que la prescripción de la acción penal respecto del delito de prevaricato por acción, impida el juzgamiento del peculado por apropiación en favor de terceros que se buscó a través de ese medio. Así se ha señalado:

“El argumento del apelante -según el cual, una vez precluída la investigación por el prevaricato por acción, se hace imposible juzgar y condenar por el peculado por apropiación- conduciría a concluir que el peculado siempre se comete a través de un delito medio, -generalización que no es cierta- y que ontológicamente no se puede escindir la responsabilidad derivada del delito medio y del delito fin y que todos los punibles, de consuno, forman una gran unidad, único espacio en que se puede hacer el juicio de responsabilidad frente a dicha totalidad.

En el propósito de sacar adelante su hipótesis, el apelante pierde de vista que, una cosa es que no pueda continuarse la investigación ni eventualmente imponerse pena por el posible delito de prevaricato por acción, por haber operado la prescripción de la acción penal; pero otra, muy diferente, es que las consecuencias derivadas de la ejecución de las sentencias, queden por fuera del reproche penal.

El instrumento con el cual se cometió el peculado por apropiación en favor de terceros fue el conjunto de las sentencias en que se favorecieron las pretensiones de los demandantes en los procesos ordinarios laborales; pero el que no se pueda predicar la ilegalidad del instrumento -por prescripción de la acción penal- no conduce a que se niegue la existencia del delito producido con el uso del instrumento.

El razonamiento del recurrente, llevado a otra modalidad delictual a modo de ejemplo, conduciría a afirmar que una vez prescrito el delito del porte ilegal del arma homicida es imposible sancionar el homicidio que se cometió gracias al uso del arma cuya tenencia ilegal no se puede predicar por haber operado el fenómeno extintivo; lo cual raya en el absurdo.

Con la revocatoria de las sentencias ordinarias laborales por parte de la Sala de Descongestión Laboral mediante el grado jurisdiccional de consulta queda en evidencia que no estaban asistidas por el derecho, y por tanto los pagos que generaron constituyeron una defraudación del erario público (sic); independientemente de que las decisiones sean calificadas de prevaricadoras o no.

Así las cosas, se concluye frente a este punto que, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato por acción en manera alguna inhibe al juez de pronunciarse respecto del delito de peculado por apropiación, tal y como lo plantea erradamente el recurrente”²⁴.

Así, en caso de similar configuración al presente, en el que también fue procesado el ex

servidor CONSTANTINO PRASCA, la Corte concluyó²⁵:

De esta manera, las decisiones emitidas por el juez JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, que fueron determinadas contrarias a la normativa legal en materia laboral, pueden ser valoradas como pruebas del medio a través del cual se logró un beneficio injustificado a favor de terceros y en detrimento del patrimonio estatal.

Por lo tanto, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato por acción en manera alguna inhibe al juez de pronunciarse respecto del delito de peculado por apropiación, tal y como lo plantea erradamente el defensor recurrente.

Cuando una tan evidente relación de medio a fin ata esas conductas definidas prescritas, con el resultado que afecta el erario público, incontestable surge la necesidad de auscultar lo primero, pues, ni ontológica, ni jurídica, ni probatoriamente puede hacerse tabla rasa de ellas.

Huelga decir, por efecto contrario, que si se dejara de lado analizar la justeza o apartamiento de la ley de las decisiones tomadas por el acusado, simplemente, se tornaría inane cualquier posibilidad de verificar cómo se logró esa ilícita afectación patrimonial a favor de terceros, establecido como se encuentra que en razón a esa disponibilidad jurídica atribuida al acusado -tópico que, vale decir, será examinado en el siguiente apartado -, es precisamente por ocasión de las providencias cuestionadas que se faculta la obtención del ilícito provecho por parte de los demandantes en los procesos laborales sometidos a su conocimiento.

5. Del Peculado por apropiación. En punto del delito de peculado, no resulta imperioso establecer que la orden de pago emitida a través de una sentencia y de unos mandamientos ejecutivos, configuran prevaricación judicial, baste con establecer que el superior jerárquico revocó tales decisiones al encontrarlas contrarias al orden jurídico,

más allá de que esa contrariedad con el ordenamiento legal, no haya sido objeto de condena penal por el transcurso del tiempo.

Así las cosas, por una parte el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, decidió en providencias del 22 de agosto y 28 de noviembre de 2001 que era imperioso que se surtiese el grado jurisdiccional de consulta, y aunque la omisión en la tramitación del mismo, no pueda considerarse como manifiestamente ilegal, ni mucho menos configurativa del delito de prevaricato, dado que no era claro el asunto desde el punto de vista jurisprudencial, ello no es obstáculo para que la omisión sea analizada y valorada en el contexto de los hechos y aún más de otros delitos.

Como certeramente lo advierte el defensor, mediante sentencia del 10 de agosto de 2010, dentro del radicado 34175 expuso la Corte:

Sobre este tópico, la Corporación encuentra que para los años 1997 y 1998 no era unánime la posición doctrinal y jurisprudencial sobre tales aspectos, por cuanto la naturaleza jurídica de establecimiento público otorgada por el Decreto Ley 36 de 1992 al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, no encajaba en el tenor literal del artículo 69 del Código Procesal Laboral, situación que generó variadas interpretaciones. En efecto, el canon legal preveía: “Además de estos recursos existirá un grado jurisdiccional denominado de consulta. ... También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.”

Sólo con la emisión de la sentencia No. 12158 de octubre 19 de 1999 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se unificaron criterios en el sentido de que el grado jurisdiccional de consulta, no obstante su carácter de establecimiento público, debía ser concedido a favor de FONCOLPUERTOS²⁶, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

“Por sus funciones y el origen de sus recursos, y dado que la directamente obligada es la Nación, resulta imperativo entender que el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, si bien es un establecimiento público, su naturaleza jurídica es de carácter especial, por lo que se justifica que las prerrogativas establecidas directamente en el decreto de creación se extiendan aun al grado jurisdiccional de consulta, cuando la providencia le fuere total o parcialmente adversa, porque en este caso se está hablando de obligaciones contraídas por la Nación. Máxime que dentro de sus funciones se le ordena “ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación y del Fondo”.

Como quiera que para la época en que el doctor MANUEL EDUARDO HERNÁNDEZ BALLESTEROS profirió las sentencias cuestionadas no había unidad de criterio entre los diferentes operadores judiciales sobre la procedencia o no del grado jurisdiccional de consulta, no puede calificarse por este aspecto la decisión de manifiestamente contraria a la ley. Si bien la postura jurídica que pregonaba la improcedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS a la postre resultó contraria a los parámetros que vía jurisprudencial fijó la Sala Laboral de la Corte, tal claridad surgió con posterioridad a la emisión de las providencias censuradas. En el mismo sentido, sólo hasta el 1 de diciembre de 1999 la Corte Constitucional en sentencia de tutela SU 962, sentó postura, reafirmando la procedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS.

Por manera que, si bien la omisión de consultar la sentencia condenatoria no puede resultar manifiestamente contraria a la ley, ello no obsta para que se le considere como parte de un despliegue total de maniobras que se encausaban a defraudar el patrimonio estatal, aprovechando la confusión que sobre el particular se generaba, omitiendo el grado de consulta y con ello eliminando lo que podría constituir un obstáculo en el logro de los objetivos defraudatorios.

6. Al definir la ilegalidad de las sentencias proferidas dentro de los procesos laborales ordinarios en que aparecen como demandantes LUIS ALBERTO BARROS MÁRQUEZ y LUZ BERENICE AVILA MORENO, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, definió además que el Juez Cuarto desconoció que los documentos aportados carecían de valor probatorio en cuanto se aportaron en copias simples, esto es, sin autenticar, por otra parte que el Juez Cuarto Laboral de Barranquilla no determinó todos los extremos de la relación laboral entre los demandantes y FONCOLPUERTOS, tales como cargo, funciones, salario, mesadas y finalmente puntualizó que dado que los derechos reclamados se reconocían por convención colectiva, debió aportarse por parte de los demandantes, copia autenticada de la misma.

No viene al caso proceder a revivir un debate que debió darse al interior del proceso laboral a efecto de establecer si efectivamente la convención debería estar certificada por el Ministerio o bastaba una copia autenticada.

Tampoco es del caso reabrir el debate propio del proceso laboral para decidir si los documentos allegados en copias sin autenticar prestaban el mismo valor probatorio que las copias autenticadas. En dos decisiones, respecto de cada uno de los procesos, dos salas distintas coincidieron en que el Juez no podía darles valor probatorio a las copias informales allegadas por el demandante.

Pero como se dejó consignado en precedencia, no fueron esas las únicas razones por las cuales se revocaron las sentencias condenatorias, sino que además se señaló que no se estableció probatoriamente todos los extremos de la relación laboral, por manera que no se determinaron los salarios anuales, ni las mesadas correspondientes, así como tampoco cargos, tal como lo destacó el Tribunal de Bogotá, en las sentencias ya referidas.

Desde otra perspectiva, llama la atención cómo el funcionario procesado exhibe mucho

rigor para desestimar el poder conferido por el Representante de la demandada FONCOLPUERTOS, lo que lo lleva a no tener por contestadas las demandas, lo cual cercena las posibilidades defensivas de la demandada, en cuanto se desconocen las excepciones propuestas. No encuentra la Corte razón atendible para no admitir el poder conferido a los abogados en cada uno de los procesos.

La empresa estatal demandada a través de sus apoderados presentó excepciones que no fueron consideradas merced a que no se tuvieron en cuenta los poderes presentados. El Tribunal Superior de Bogotá, llama la atención sobre tal aspecto, y en particular sobre el desconocimiento de la prescripción.

Igual acontece con el total desconocimiento de la propuesta de la excepción de cosa juzgada o de pleito pendiente en cuanto al parecer, según se propone en la contestación, existían en el mismo juzgado otros procesos entre las mismas partes y respecto del mismo objeto, en cuyo caso además se estaría incurriendo en doble reclamación, al punto que la apoderada solicitó se compulsasen copias ante la Fiscalía con el objeto de que se investigase esa conducta.

De otra parte, es claro que desconociendo la prohibición legal, el Juez Cuarto Laboral de Barranquilla Dr. JOSE ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, ordenó el pago de costas procesales y agencias en derecho.

Todas las circunstancias analizadas en precedencia, conllevan a la demostración inequívoca de que las órdenes de pago de las sumas de dinero emitidas por el Juez Cuarto Laboral de Barranquilla, carecían de causa legal, de donde surge claro que teniendo el Juez la disponibilidad jurídica sobre esos caudales públicos, y disponer la entrega de dichos dineros, incurre en el delito de peculado.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con la disponibilidad jurídica de los bienes por parte del Juez, el tema ya ha sido suficientemente decantado por la Corte:

“En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos. Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación (FONCOLPUERTOS–Ministerio de Hacienda y Crédito Público), pasaron al patrimonio de los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y del abogado que los representó, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio.

“En esas condiciones, la competencia funcional del Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, la cual le permitía resolver los conflictos laborales entre el Estado y los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, le confirieron la disponibilidad jurídica de las sumas cobradas por prestaciones laborales a la Nación en los casos a que se refiere este proceso, por manera que, la apropiación de tales bienes a favor de terceros, se consumó por razón de las funciones oficiales que cumplía el procesado, de donde se debe concluir que la extracción de dineros de la Nación no estructuró el delito de estafa sino el de peculado por apropiación”²⁷.

En este sentido, es claro que, en el caso sub judice, al ordenar el Juez Cuarto Laboral de Barranquilla, pagos o entregas de sumas de dinero, a la demandada FONCOLPUERTOS, en favor de terceros, sin que existiese causa lícita, dispuso del presupuesto de dicha entidad estatal. Ello constituye un acto de apropiación que configura el delito de peculado por apropiación.

En el propósito de cuestionar la decisión, la defensa incurre en la impropiedad de confundir el bien jurídico, con el objeto material del delito, lo cual lleva a sostener: “Por lo tanto, la disponibilidad sobre el derecho que entra a la esfera jurídica de los operadores judiciales, es el bien jurídico protegido por la ley, y no como el bien entendido como los recursos o dineros públicos objetos de la litis, o lo que es lo mismo, los operadores judiciales que imparten justicia, tienen la disponibilidad jurídica sobre el derecho en controversia y sobre el bien jurídico protegido por la ley, mas no tienen la disponibilidad jurídica sobre el bien como cosa mueble o inmueble a menos que se trate de bienes materialmente entregados en administración, custodia o tenencia, como en el caso de los títulos judiciales o los que lleguen a la órbita de su esfera funcional por razón de medidas cautelares...”

En primer lugar, dígase en respuesta a las alegaciones del defensor que en el caso del peculado el bien jurídico tutelado es el de la administración pública²⁸

, como derecho de los asociados a una sana administración que satisfaga los intereses comunes, y que involucra en tales sentidos y propósitos a todas las ramas del poder público.

De manera que, contrariamente a lo consignado por la defensa, los jueces como servidores públicos, también están vinculados a la tutela de una recta y proba administración pública, y no solamente en relación con la aplicación de justicia.

El objeto material es aquello sobre lo cual recae la conducta, en el caso del peculado, son aquellos bienes sobre los cuales se materializa la apropiación. No es preciso que los bienes se hayan colocado material o físicamente a disposición del servidor público, basta, como se indicó anteriormente, que sobre ellos el funcionario tenga disponibilidad jurídica, y, esto es lo que hace el juez cuando ordena a una entidad o a una persona que pague unos caudales públicos, o que entregue unos bienes muebles o inmuebles.

Se concluye entonces que en el presente caso están dados todos los elementos que configuran el tipo penal de peculado, y de la misma forma, tal como lo hiciera el Tribunal a quo, del accionar del procesado CONSTANTINO PRASCA, se deduce que actuó dolosamente con el objeto de, a través de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, apropiarse a favor de terceros de bienes del estado, representados en caudales públicos de la empresa FONCOLPUERTOS.

Conforme se ha definido, los argumentos expuestos por la defensa para controvertir el fallo de primer grado, resultan insuficientes para derribar el carácter lógico y de justicia del mismo, por tal motivo, se confirmará la condena impuesta al doctor JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA.

7. De la punibilidad. En punto de la tasación de la pena, observa la Corte que el Tribunal luego de establecer los cuartos en que habría de moverse concluye como ya se reseñó que la pena debe fijarse en el primer cuarto medio, esto es, entre 121 meses y 14 días y 171 meses. Para el Tribunal Superior la constatada existencia de antecedentes penales, derivados de condenas proferidas por ese mismo Tribunal, determinan la concurrencia de una circunstancia de mayor punibilidad que conlleva a que la pena mínima se ubique en el primer cuarto medio. A este guarismo adiciona diez meses derivados del concurso homogéneo de peculados.

Tal razonar no es correcto, en tanto, como ya se ha establecido en otras ocasiones²⁹, si bien es cierto en el presente tal como lo reseña el Tribunal, se advierte que existen alrededor de cuatro condenas en firme, esta circunstancia no se ha erigido en la ley como circunstancia de mayor punibilidad, lo cual implica que no concurriendo circunstancias de mayor punibilidad, el quantum de la pena debió tasarse dentro del cuarto mínimo, conforme lo preceptúa el artículo 61 del Código Penal, “cuando no existan atenuantes o agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”.

Errónea es la apreciación del Tribunal a quo al valorar los antecedentes penales del procesado como una circunstancia de mayor punibilidad. Sobre el particular ha sostenido la Sala:

“De igual modo, para individualizar la pena tampoco podía el juzgador, tomar en consideración la existencia de una condena anterior impuesta al procesado por haber llevado a cabo similar comportamiento reprochable y punible, pues si bien, como con acierto es puesto de presente por la Delegada, la carencia de antecedentes se halla prevista en el ordenamiento sustancial como circunstancia de menor punibilidad (art. 55-1), la existencia de sentencia condenatoria previa no ha sido erigida como motivo que permita incrementar la punibilidad. Y si bien la propensión a la criminalidad como inferencia derivada de la existencia de antecedentes penales, puede llegar a tomarse como manifestación de personalidad, dicho aspecto no es parámetro que permita fijar la pena, pues no se encuentra previsto por el artículo 61 del Código Penal, dentro del catálogo de criterios a considerar una vez establecido el cuarto respectivo”³⁰.

Lo anterior impone que se proceda a enmendar el yerro del Tribunal, a efecto de restablecer el derecho del procesado a una pena justa y proporcional, redosificando la pena impuesta a partir de la supresión de la causal de mayor punibilidad deducida.

Así las cosas, dado que se impone dosificar la pena y esta no puede trascender del primer cuarto, en tanto no concurren circunstancias de mayor punibilidad, la misma deberá oscilar entre 72 y 121 meses y 15 días de prisión.

Para preservar la garantía de la no reformatio in pejus, es imperativo respetar los mismos criterios considerados por el funcionario de primer grado en la tasación de la pena. Así entonces, se partirá del mínimo (72 meses), guarismo al que se hará un incremento proporcional con ocasión del concurso homogéneo ya referido, de tres (3) meses, para una pena total de setenta y cinco (75) meses de prisión.

De la misma forma, y acorde con lo expuesto, se impone reducir la pena de multa, tasada por la primera instancia en cuarenta mil salarios mínimos legales mensuales, sin motivación alguna y por demás desproporcionada. Carece de razonabilidad imponer multa por valor superior a los ocho mil cien millones de pesos, a quien se ha apropiado en favor de terceros de una suma que apenas supera los ciento cuarenta millones.

Así las cosas, para el caso, la pena de multa, de conformidad con la normatividad vigente para la fecha de los hechos (art. 133 Decreto Ley 100/80), debe ser equivalente al valor de lo apropiado y en esa medida se fija en la cantidad de ciento cuarenta millones doscientos mil pesos (\$ 140.200.000), cifra que resulta de la sumatoria de lo efectivamente apropiado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1. CONFIRMAR la sentencia del 12 de octubre de 2010, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla condenó al procesado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, como autor responsable del delito de peculado por apropiación.
2. MODIFICAR la pena impuesta al procesado CONSTANTINO PRASCA, la cual se fija en setenta y cinco (75) meses de prisión y multa de ciento cuarenta millones doscientos mil pesos (\$ 140.200.000).
3. En lo demás, la sentencia de mantiene incólume.
4. Téngase al doctor EDUARDO RENÉ PÉREZ BECERRA, como apoderado de la parte civil, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Contra este fallo no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Excusa justificada

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Auto 22 de agosto de 2001 en proceso 13548 y auto del 28 de noviembre de 2001 en proceso 13126.

2 Sentencias del 15 de abril de 2002 en proceso 13126 y 19 de diciembre de 2001 en proceso 13548.

3 Folio 7 c. Fiscalía.

4 Folio 21 ibid.

5 Folio 61 ibid.

6 Folio 67 y s.s. c. fiscalía

7 Folio 90 ibid.

8 Folio 94 C. Fiscalía.

9 Folio 25.

10 Folio 209.

11 Folio 272.

12 Folio 315.

13 Folio 305.

14 Folio 67 C. Fiscalía.

15 Folio 73 reverso C. Fiscalía.

16 Folio 82 reverso C. Fiscalía.

17 Folio 90 ibid.

18 Folio 91 ibid.

19 Auto 23 noviembre 2007 f. 94.

20 Ver folio 107 reverso.

21 Folio 110.

22 Ver folios 265 y s.s.

23 Sentencias del 14 de diciembre de 2010 y 16 de marzo de 2011, Radicados 35.025 y 35.839, respectivamente.

24 Sentencia de 10 de marzo de 2010, Radicado 32435.

25 Sentencia 13 abril 2011 Radicación 35854

26 En el mismo sentido, las sentencias de la Sala Laboral de la Corte del 5 de diciembre de 2001, Rad. 17222 y del 25 de enero de 2002, Rad. 17216.

27 Sentencia del 6 de marzo de 2003, Radicación 18.021.

28 Sobre lo que debe entenderse por administración pública como bien jurídico ver sentencia del 25 de febrero de 2003: 5. El bien jurídico administración pública también fue vulnerado. En efecto:

a. Ese bien jurídico, y el derecho ciudadano a que la administración pública sea sana, como es obvio, emana de la Constitución Política. Por eso la Carta prevé que la República se funda, entre otras cosas, en la prevalencia del interés general (artículo 1); que una de las finalidades esenciales del Estado es la de servir a la comunidad y otra la de mantener la vigencia de un orden justo (artículo 2); que entre varias tareas, las autoridades tengan que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (artículo 2.2); que los servidores públicos no infrinjan la Constitución, la ley, ni omitan sus funciones ni se extralimiten en el ejercicio de ellas (artículo 6); que en las actuaciones judiciales se imponga el debido proceso (artículo 29); que toda persona y todo ciudadano colabore para el buen funcionamiento de la administración de justicia (artículo 95.7); que todo servidor público, al tomar posesión, jure cumplir y defender la Constitución, así como desempeñar los deberes que le incumben (artículo 122.2); que los

servidores públicos estén al servicio del Estado y de la comunidad (artículo 123.2); que la función administrativa esté al servicio de los intereses generales, las autoridades administrativas deban coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y la administración pública, en todos sus órdenes, tenga control interno (artículo 209); que las providencias judiciales se hallen sometidas al imperio de la ley, junto a la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y la equidad (artículo 230); que al Procurador General de la Nación y a sus delegados les competa vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (artículo 277.1), así como defender los intereses de la sociedad (artículo 277.3), e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (artículo 277.7); y, por último, que los servicios públicos sean inherentes a la finalidad social del Estado y por ello a éste le corresponda asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365).

Como se ve con claridad, el derecho a una recta y proba administración pública, no es exclusivamente de una u otra persona individualizada, ni del Estado como gran ente abstracto; corresponde más a la sociedad, a la comunidad, al interés general.

b. Este criterio, que implica relacionar el funcionamiento de la administración pública con los derechos, intereses y esperanzas sociales o comunitarias, es el que, con razón, ha seguido la Corte. Así, por ejemplo, en sentencia del 18 de mayo de 1999, la Sala Penal dijo:

“En los delitos contra la administración pública, ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y

dinámico, pues, de lo contrario, se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El *ius puniendi*, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos” (Segunda instancia, radicación número 13.827, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

c. La administración pública es una organización, una estructura, un andamiaje en movimiento permanente, que cumple sus funciones con base en un orden previamente establecido, disposición que es la observada, percibida y esperada por la comunidad. Cuando esa organización o estructura se resquebraja, se modifica o altera y, por tanto, se torna en disfuncional, las consecuencias las padece el ciudadano, como miembro de un grupo social que, a su vez, es elemento esencial del ente conocido como Estado. En este sentido, aunque respecto del delito de peculado, pero con la misma base, se ha pronunciado la Corte, por ejemplo en sentencia de única instancia del 31 de enero del 2001 (radicación número 6593, M. P. Mario Mantilla Nougués), decisión que recuerda e incorpora en su texto pensamientos similares de la Sala perceptibles en pronunciamientos del 30 de septiembre de 1975 (M. P. Federico Estrada Vélez) y del 7 de junio de 1983 (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

d. En general, como importante punto de partida, se puede admitir que el bien jurídico tutelado que se estudia es ofendido cuando se atenta contra la buena marcha de la administración pública⁵, es decir, cuando su organización, estructura o funcionalidad son distorsionadas o víctimas de otros rumbos.

Desde luego que dada la amplitud del concepto administración pública, íntimamente

vinculada con los intereses y derechos ciudadanos, se hace menester especificar, según la conducta concretamente desplegada.

29 Sentencia 13 abril 2011 Rad. 35854.

30 Rad. 34736 16 marzo 2011.