

Proceso n° 35854

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 130.

Bogotá, D.C., trece de abril de dos mil once.

V I S T O S

Resuelve 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 23 de noviembre de 2010, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial lo condenó como autor responsable del delito de peculado por apropiación.

H E C H O S

En su calidad de Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), el doctor JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA tomó múltiples decisiones judiciales, todas ellas ilegales, que redundaron en pagos, a cargo del Fondo de Liquidación de Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia –FONCOLPUERTOS-, de altas sumas de dinero, a favor de exempleados de la compañía, quienes, o no tenían derecho a esas sumas, o no lo

demonstraron adecuadamente en los procesos de conocimiento del funcionario.

En concreto, así se resumen los trámites judiciales que adelantó el acusado y dieron lugar a la condena en primera instancia en contra de dicho Fondo:

1. Proceso ejecutivo laboral con radicación 4.110, incoado por Wilfredo Cantillo Vásquez, Lisímaco Maza Ávila, Pedro Pablo Valdez Herrera, Juan Alberto Quintero Torres y Jorge Eliécer Bolaño Muñoz, en el que se ordenó librar mandamiento de pago en contra del demandado por el valor de \$147'967.586.05, el 22 de noviembre de 1995.

En este proceso, el apoderado de los demandantes presentó escrito de desistimiento, el cual fue aceptado por el juzgado el 26 de noviembre de 2006, dando lugar al archivo del expediente.

La anterior actuación propició el sumario N° 15.432.

2. Proceso ordinario laboral con el radicado 13.150, promovido por Nury Esperanza Montaña Lemus, en el que se dictó sentencia el 27 de marzo de 1996, mediante la cual se reajustó la mesada pensional de la actora, a quien se le pagaron \$83'670.299.96 por ese concepto. A favor de la misma, igualmente, se ordenó librar mandamiento de pago ejecutivo, por la suma de \$49'885.626.30.

Por vía de consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla revocó la condena y en su lugar absolvió a la parte demandada, el 30 de noviembre de 2001.

El trámite penal correspondiente es el radicado con el N° 15.486.

3. Proceso ordinario laboral N° 14.695, impulsado por Esteban Pérez Barrios, en el que se dictó sentencia el 3 de diciembre de 1997, mediante la cual se reajustó la pensión de

jubilación del actor, en cuyo favor se dispuso el pago de \$94'300.000.00.

Dicho fallo fue revocado íntegramente por Sala Laboral de Descongestión de Bogotá, el 14 de noviembre de 2000.

La actuación irregular hizo parte, también, del sumario N° 15.486.

4. Proceso ordinario laboral N° 12.813, en el que aparece como demandante José Vicente Castro Ávila, quien fue favorecido con fallo del 28 de febrero de 1996, en el que se condenó al demandado a reajustarle las primas de servicio y pagarle, en consecuencia, la suma de \$74'000.000.00. Se dispuso, igualmente, mandamiento ejecutivo por el valor de \$44'206.064.07.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, a través del mecanismo de consulta, el 19 de diciembre de 2001 revocó la condena y en su lugar absolvió a la parte demandada.

La respectiva investigación penal es la identificada con el N° 15.487.

5. Proceso ordinario laboral N° 14.787, adelantado por Franco Barrios del Valle, en cuyo favor se dictó sentencia el 28 de enero de 1998, ordenando el reajuste de la pensión, y se libró mandamiento ejecutivo de pago por el valor de \$135'945.740.70.

La providencia en comento fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, el 15 de enero de 2002.

Este hecho también fue investigado en el sumario con radicación 15.487.

6. Proceso ordinario laboral con radicado 11.700, promovido por Eligio Bermejo Ortega, cuya mesada pensional fue reajustada con sentencia del 17 de mayo de 1995. A su favor se libró, igualmente, mandamiento de pago ejecutivo por la suma de

\$20'578.398.08.

La decisión en comento fue revocada el 17 de mayo de 1995, por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, dependencia que conoció de la misma por vía de consulta.

Este episodio también hace parte de la investigación con radicación 15.487.

7. Proceso ordinario laboral identificado con el N° 13.272, adelantado por Santander Palma Sulbarán, en cuyo favor se reajustaron varias prestaciones sociales y se ordenó mandamiento de pago por el valor de \$46'945.011.60.

Dicha decisión, que fue adoptada en fallo del 13 de noviembre de 1999, la revocó la citada Corporación el 21 de diciembre de 2001, a través del instituto de la consulta.

El hecho aquí detallado hizo parte de la instrucción penal N° 15.505.

8. Proceso laboral ordinario con radicación 13.233, incoado por Miriam de las Salas Reales, en el que se dictó sentencia el 3 de diciembre de 1997, ordenando el reajuste de la pensión de jubilación; en su caso, el mandamiento de pago se libró por la suma de \$39.157.850.18.

Dicho proveído fue revocado en el procedimiento de consulta por el mismo Tribunal, el 31 de enero de 2002.

Al igual que el anterior, este episodio hizo parte del sumario 15.505.

9. Y, el proceso ordinario laboral impulsado por Rafael Perea, a quien se le reajustó la mesada pensional mediante sentencia del 24 de abril de 1996, la cual dio lugar a mandamiento ejecutivo de pago por la suma de \$23'305.708.26

Providencia que, al igual que las anteriores, fue conocida en consulta por la citada Sala de Descongestión, la cual la revocó el 26 de noviembre de 2001.

El instructivo penal N° 15.484 se inició con la finalidad de esclarecer las circunstancias que rodearon este hecho.

Para la Fiscalía, entonces, las decisiones del funcionario judicial de primera instancia emergen abiertamente contrarias a la ley y por contera afectaron el patrimonio estatal, generando beneficio económico a los terceros, quienes actuaron en calidad de demandantes a través de sus respectivos apoderados.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en la compulsación de copias ordenada por la Fiscalía 5a. adscrita a la Unidad de Estructura y Apoyo de FONCOLPUERTOS, el 27 de abril de 2005 la Fiscalía 20 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá ordenó la apertura de la instrucción No. 15.432 y la vinculación del imputado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA, quien fue citado para efectos de ser escuchado en indagatoria.

Con resolución del 29 de agosto del mismo año, el ente instructor declaró la conexidad procesal, disponiendo la integración de las investigaciones Nos. 15.484, 15.486, 15.487 y 15.505, en todas las cuales había ordenado la apertura del proceso y la vinculación mediante injurada de CONSTANTINO PRASCA, citado con esa finalidad.

El 27 de septiembre siguiente, el ente instructor admitió la demanda de constitución de parte civil, promovida en nombre del Consejo Superior de la Judicatura.

Como no se pudo lograr la comparecencia del investigado, dado que su paradero era desconocido, la Fiscalía ordenó su captura el 31 de marzo de 2006. Luego, el 20 de febrero de 2007, lo declaró persona ausente y le designó defensor de oficio para que lo

representara en este trámite.

El 31 de octubre de 2007, el despacho instructor resolvió la situación jurídica del sindicado CONSTANTINO PRASCA, con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como “coautor material del concurso de conductas punibles de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía”. En la misma oportunidad, declaró la prescripción y precluyó la instrucción por el ilícito de prevaricato por acción.

Clausurada la fase instructiva el 16 de mayo de 2008, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 31 de octubre de la misma anualidad, profiriendo resolución de acusación en contra del procesado, por el delito de peculado por apropiación agravado, tipificado en el artículo 133-2 del Código Penal de 1980.

En firme el proveído acusatorio, el conocimiento del juicio fue asumido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla (Atlántico), en donde se ordenó surtir el traslado regulado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el 25 de febrero de 2009, y se admitió la demanda de constitución de parte civil promovida por la Nación y el Ministerio de Protección Social, el 17 de junio siguiente.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 12 de agosto de 2009¹, en tanto que, el acto público de juzgamiento se celebró el 18 de noviembre posterior.

La Sala de conocimiento dictó sentencia el 23 de noviembre de 2010, condenando al procesado CONSTANTINO PRASCA, por la conducta punible de peculado por apropiación prevista en el artículo 397-2 de la Ley 599 de 2000, a las penas principales de 156 meses de prisión, multa por el valor equivalente a 28.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas. De igual modo, se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios, y le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión

domiciliaria.

En contra del fallo del Tribunal, el defensor del acusado interpuso oportunamente el recurso de apelación.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de resumir y relacionar los hechos, la acusación, la intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública y la prueba recaudada, responde, en primer lugar, a la solicitud de nulidad elevada por el defensor, quien no solo adujo que su representado careció de defensa técnica en el curso del proceso, sino también que fue indebidamente citado y vinculado al mismo.

Al efecto, el A quo reitera lo que sobre el tópico aseveró en la audiencia preparatoria, en la que denegó idéntica petición elevada por el mismo sujeto procesal. Insistió, entonces, en su extemporaneidad, y en que en este evento es admisible aceptar como estrategia la inercia defensiva, habida cuenta que el proceso, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como un todo, siendo la acusación la que marca el inicio de la controversia general y del juicio, en donde se plantea toda la actuación por desarrollarse.

Adicionalmente, el solicitante nunca demostró la trascendencia de la presunta violación pregonada y, sumado a ello, estaba claro que el procesado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA tenía pleno conocimiento del presente trámite, pues, precisamente se le suspendió y destituyó de su cargo como juez laboral, por existir diversas actuaciones penales en su contra, razón por la cual es manifiesto que ha “evadido sistemáticamente su comparecencia a la justicia”, lo que, como ha dicho la Corte Constitucional, no se puede premiar con nulidades.

Ya en lo concerniente con el delito atribuido al procesado, parte la providencia

impugnada por referenciar lo correspondiente al elemento objetivo de la tipicidad, para lo cual citó la norma que consigna el delito en cuestión, artículo 397 de la ley 599 de 2000.

A renglón seguido, verifica que para el momento de los hechos el acusado fungía como servidor público y en calidad de tal rubricó las decisiones judiciales a partir de las cuales reconoció dineros a favor de particulares.

De igual modo, descarta la no demostración de la materialidad de la conducta punible -lo cual alegó el defensor indicando que la prueba documental aportada no era auténtica-, dado que, la Sala comprobó que se trata de expedientes originales firmados por el mismo acusado y aportados por el ente instructor.

Seguidamente, la Sala de conocimiento relaciona los nueve procesos laborales impulsados contra FONCOLPUERTOS que dieron original a la presente causa, señalando el tipo de trámite -uno ejecutivo y ocho ordinarios-, sus números de radicación, los nombres de los demandantes, las fechas de las providencias, el contenido de las mismas, los montos declarados a favor de aquellos y la suerte procesal de los mismos, hasta que las sentencias fueron revocadas, luego de ser conocidas a través del mecanismo de la consulta por el superior funcional -Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, en unos casos, y Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, en otros-.

Analizados dichos trámites, a continuación concluye que presentaban irregularidades relevantes y que las decisiones tomadas por el acusado en cada uno de ellos tenían como denominador común la falta de sustento probatorio, como, por ejemplo, las copias de una Convención Colectiva de Trabajo del Fondo, que fueron autenticadas por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de Barranquilla, pese a que el original reposaba en la ciudad de Bogotá.

Critica, igualmente, que desatendiera precedentes de la Corte Suprema de Justicia

sobre el tópico, aceptara otros medios de convicción sin cumplir las formalidades exigidas por el Código Sustantivo del Trabajo, y desconociera la personería del apoderado de la parte demandada argumentando carencia de requisitos, sin ser cierto.

De igual modo, reprocha el fallador de primera instancia, al juez acusado, que se haya pronunciado de manera contradictoria con relación a las peticiones de nulidad, y que no diera aplicación al artículo 69 de aquella codificación, el cual obliga a surtir la consulta de las sentencias cuando resultasen adversas a la Nación, como en este evento, en el que se condenó al Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, entidad creada por el Decreto 036 de 1992 como establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte, lo cual era conocido por el funcionario CONSTANTINO PRASCA.

Acto seguido, la providencia atacada aborda lo tocante a las cuestionadas providencias judiciales, aseverando que el sindicato emitió decisiones contrarias a derecho y “quiso continuar en la comisión de su conducta típica de peculado, lo cual ocasionó que particulares se apropiaran de bienes del estado, cuya administración y custodia estaban en sus manos, ya que este ostentaba la calidad de Juez Cuarto Laboral del Circuito”.

Concluye, entonces, en que no hay duda alguna frente a la materialidad de la conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros, configurándose así el primero de los requisitos que para condenar demanda el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Con dicho proceder, agrega el juzgador de primer grado, se lesionó real y verdaderamente el bien jurídico de la administración pública, lo cual permite realizar el juicio de antijuridicidad, al que se suma el de culpabilidad, puesto que el inculcado lo realizó dolosamente, es decir, con consciencia y voluntad desconoció el

artículo 69 citado, emitió fallos contrarios a derecho y decretó nulidades, sin decir nada acerca de los dineros embargados, cuya administración y custodia tenía en razón de su cargo, todo lo cual generó un provecho para terceros.

Añade que las actuaciones ejecutadas por el juez laboral, con vasta experiencia y conocimiento especializado sobre la materia, no requerían mayor ejercicio intelectual ni eran de difícil interpretación, sobre todo porque existen varias jurisprudencias que trazaban pautas “para casos específicamente de FONCOLPUERTOS”, las cuales desconoció, como la Sentencia T-848 de 2002 de la Corte Constitucional, de la cual cita un apartado para insistir en la procedencia de la consulta.

Por último, aduce el Tribunal que en contra del servidor judicial recae el indicio de la contumacia, y el haber adoptado sus decisiones sin sustento probatorio, teniendo en cuenta copias que no fueron autenticadas por la autoridad competente.

Definida de la anterior forma la responsabilidad penal del acusado en el ilícito imputado, se ocupa el A quo de dosificar la sanción procedente, en cuyo cometido resuelve aplicar el artículo 397 del Código Penal de 2000, por considerarlo más favorable en lo que respecta a la pena de multa.

La Sala de Decisión, en últimas, sobre las proporciones establecidas en la norma realiza el aumento por la cuantía, así como la rebaja por el reintegro parcial, luego de lo cual define los cuartos de movilidad punitiva, que determina de esta forma: el primero de 54 a 85 meses y 15 días de prisión; los medios de 85 meses y 16 días a 117 meses de prisión, y de este guarismo a 148 meses y 15 días de prisión; y el último de 148 meses y 16 días a 180 meses de prisión.

Seguidamente, alegando que el enjuiciado tiene antecedentes penales, se ubica en el cuarto máximo y le impone la pena de 156 meses de prisión. De igual modo, tasa la pena de multa en el equivalente a 28.000 salarios mínimos legales vigentes, lo

inhabilita para ejercer derechos y funciones públicas, se abstiene de condenarlo al pago de perjuicios, y dado que no se cumplen los presupuestos objetivos diseñados por la ley para el efecto, le negó los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Dentro del término legal, presentó dos escritos de apelación el defensor del procesado, quien como punto de partida aborda el tema referido a lo que rotula “tipicidad de la conducta punible atribuida al sindicato”, en el que refuta las consideraciones que se hacen en torno al delito de prevaricato por acción haciendo ver que este fue decretado prescrito en la fase sumarial por la Fiscalía instructora, no obstante lo cual cita varios precedentes de la Corte acerca de cómo se materializa el mismo.

A continuación, el recurrente asume el examen de tópicos específicos de la sentencia que sirvieron de base a la manifestación de que se profirieron decisiones manifiestamente contrarias a la ley, comenzando por referirse al valor probatorio de la Convención Colectiva de Trabajo, controvirtiendo que el Tribunal exigiese originales radicados en Bogotá, cuando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte (cita varias providencias), claramente consigna que si existe la nota respectiva del depósito en el Ministerio de Trabajo dentro del término legal, no importa que la certificación al respecto sea expedida por otra oficina regional, particularmente, la Secretaría General Seccional Atlántico, asentada en Barranquilla.

En lo referente a la necesidad de consultar las sentencias dictadas por el acusado, el apelante destaca cómo para el momento de emitirse las decisiones en cuestión no existía doctrina pacífica respecto del tema, dado que la obligación surgió a partir de la sentencia SU-962 expedida por la Corte Constitucional en el año 1999.

Incluso, agrega el defensor del procesado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

ya fijó su posición sobre el tópico², reseñando que no se verifica manifiestamente contraria a la ley la decisión de omitir el grado de consulta si ella operó antes de 1999.

En suma, sostiene el memorialista, para la época en que los jueces de Barranquilla emitieron los fallos contra FONCOLPUERTOS -1995 a 1998-, el criterio generalizado era que estas no admitían el grado jurisdiccional de consulta. Tal era la postura de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, de la cual trae a colación uno de sus pronunciamientos en ese sentido.

Acto seguido, en acápite diferente se refiere el apelante al tema de la antijuridicidad, señalando que la sentencia de primer grado violenta el principio de legalidad y preexistencia de la ley, al hacer un examen sobre la norma mas desfavorable, la cual no está en consonancia con la resolución acusatoria, generando así una incongruencia, pues, aplicó dos normas sustantivas -contenidas en el Decreto-Ley 100 de 1980 y en la Ley 599 de 2000-, que de ser examinadas sistemática y coherentemente, ofrecen alcances y objetivos diferentes, ya que “los juicios interpretativos sobre cada uno de los preceptos analizados en los tipos concretos provienen de Escuelas o Teorías que abordan dogmáticamente los temas bajo estructuras disímiles”.

En ese sentido, agrega, con relación a la lesividad del bien jurídico de la administración pública, los jueces y magistrados en el Estado Social de Derecho “dirimen, resuelven y encausan conflictos, dentro de la esfera de disponibilidad jurídica que tienen sobre el derecho en confrontación, mas no tienen la disponibilidad jurídica sobre los bienes objeto de disputa”, pues, sostener lo contrario conduciría a infringir los principios de imparcialidad y neutralidad.

En lo tocante al aspecto culpabilidad, afirma el impugnante que el argumento es refutable de conformidad con varios precedentes de la Sala y de ese Tribunal

-en salvamento de voto-, lo cual sustenta volviendo a traer a colación y transcribiendo amplio apartado de la ya referida providencia de la Sala del 10 de agosto de 2010.

Ello, para insistir en que entre los años 1995 y 1998, el criterio generalizado era que las sentencias dictadas por los jueces barranquilleros en contra de FONCOLPUERTOS no admitían el grado jurisdiccional de consulta, la cual se tornó imperativa cuando la Corte Constitucional se pronunció en ese sentido, en fallo del año 1999.

De otra parte, en lo correspondiente al tópico de la punibilidad advierte el recurrente que existe una incongruencia, pues, pese a que su defendido fue acusado por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros tipificado en el artículo 133-2 del Decreto-Ley 100 de 1980, se le condenó por la misma conducta punible prevista en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, con la cual “se denota un aumento o una agravación punitiva al momento de tomar el mínimo para la dosificación de la pena y aplicar el sistema de cuartos”, ya que, explica, en el primer precepto la pena mínima es de 4 años, mientras que en la sentencia se parte de 6, “con fundamento en el artículo 19 de la ley 190 de 1995”.

La incongruencia denunciada, a juicio de la defensa, configura violación del debido proceso, que solo puede sanearse “declarando la nulidad de todo lo actuado”.

De la anterior forma, culmina su disertación deprecando la revocatoria del fallo condenatorio, para en su lugar proferirse sentencia absolutoria a favor del procesado o, cuando menos, reconociendo la nulidad alegada, por la comprobada violación de las garantías del debido proceso y legalidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Teniendo en cuenta la condición de Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico) que desempeñaba el procesado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA para el momento de los hechos y de la relación inmanente de estos con la función asignada al mismo, es la Corte competente para conocer en segunda instancia del fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, bajo cuya égida se ha venido adelantando el trámite procesal.

Para una mejor resolución del tema sujeto a discusión, la Sala abordará de manera separada cada uno de los diferentes ejes de impugnación que componen el escrito de sustentación presentado por la defensa del acusado, aunque no estrictamente dentro del orden allí consignado, en tanto, algunos de ellos se repiten.

2. De la supuesta incongruencia

Advirtió el apelante, y para ello demandó del remedio máximo de la nulidad, que fueron violados el debido proceso y derecho de defensa de su asistido legal, dado que los cargos consignados en el proveído a través del cual se calificó con resolución de acusación la instrucción, no se avienen con aquellos que fueron objeto de examen al momento de emitir la sentencia condenatoria.

De entrada advierte la Corte la absoluta inconsecuencia de lo planteado por el recurrente, pues, evidente se aprecia que nunca los hechos objeto de acusación y condena o su ubicación dentro del nomen iuris, han sido objeto de variación, así fuese adjetiva.

Todo lo contrario, claramente en el escrito de acusación, dentro del acápite destinado a la denominación jurídica del delito, se estableció que corresponde al de peculado por apropiación agravado por la cuantía, tipificado en el artículo 133 del Decreto-Ley 100 de 1980.

Precepto que fue modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 y que se repite en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, el cual resulta mas favorable, aclaró el ente instructor, por contener una pena pecuniaria más benigna.

Esos hechos, a su turno, los concretó la Fiscalía en las providencias ostensiblemente opuestas a la legalidad que dictó el sindicado en su condición de Juez Cuarto laboral del Circuito de Barranquilla, las cuales determinaron el pago indebido a favor de terceros, de dineros respecto de los cuales tenía el deber de custodia y además la administración jurídica en razón de sus funciones jurisdiccionales, causando de esa forma un detrimento al patrimonio del Estado, específicamente de los bienes del Fondo de Liquidación de Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia.

El fallo recoge correctamente esos hechos y consecuente adecuación típica, pues, se condenó al procesado por el ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

De ahí que no puede significar la defensa que se le sorprendió con hechos o delitos distintos o más gravosos a aquellos que fueran objeto de resolución acusatoria, o que siquiera se introdujeran circunstancias no contempladas allí, por manera que la afectación al debido proceso o al derecho de defensa, referenciadas de manera general y abstracta por el impugnante, nunca pudo tener ocurrencia.

Y si lo que se critica es la vigencia de las normas para el momento de los hechos, o la posibilidad de aplicar aquella más benigna, el asunto no discurre ya por el camino de la congruencia, sino por el del principio de favorabilidad, en cuyo caso el recurrente debe especificar por qué es menester acudir a la norma ya derogada, o a otra operante después de aquella que gobernó lo sucedido, para dosificar la sanción.

Lo cierto del caso, sin que ello sea objeto de crítica o discusión por parte del defensor, es que los mandamientos de pago a través de los cuales se materializó la posibilidad de

que los demandantes se hicieran a los dineros estatales indebidos, fueron proferidos con posterioridad a la expedición y vigencia del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, que incrementa las penas para el delito de peculado por apropiación.

Ello expresamente lo reseñó la resolución de acusación, de la siguiente forma:

“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”.

Ningún error u omisión puede pregonarse existir en la resolución de acusación, se reitera, pues allí específicamente se hace ver que los hechos, referidos a la apropiación patrimonial ilícita, se presentaron en vigencia de la Ley 190 de 1995.

También es claro que el ente acusador determinó agravada la conducta punible, atendido el monto de lo apropiado. Y, por último, no se discute que el delito siempre relacionado es el de peculado por apropiación a favor de terceros.

Si se conoce, además, que el fallo se emitió por la conducta punible en comento, sin que se ponga en tela de juicio el actuar concreto del procesado que derivó en esa concreta adscripción típica, nada más debe decirse para verificar inconcuso que en ningún momento se presentó el vicio de congruencia planteado por el defensor del procesado en el escrito de impugnación.

Ahora, no puede el defensor acudir aisladamente a lo que en el apartado final del acápite destinado a la delimitación típica de lo atribuido al acusado, consignó la Fiscalía, cuando reseña que lo ocurrido se enmarca dentro del inciso segundo del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, en tanto, la necesaria contextualización del contenido íntegro del ítem, permite advertir que esa designación de la norma derogada opera como simple marco de referencia, pues, debe resaltarse, ya previamente, como se transcribió en líneas precedentes, se dejó sentado expresamente que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 190 de 1995.

3. Lo concerniente al delito de prevaricato por acción.

De manera reiterada, el recurrente critica las referencias que se hacen en torno al delito de prevaricato por acción y su incidencia en la decisión de condena por el de peculado por apropiación, aseverando que respecto del mismo se declaró la prescripción en la fase del sumario. Con igual propósito, dedica un amplio apartado a cuestionar la tipicidad de dicha hipótesis delictiva y la prueba que la sustenta.

En asuntos similares al que aquí se debate, la Corte, sobre el mismo problema en discusión anotó³:

“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”4.

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.

4. La disponibilidad jurídica que se pregona del juez para efectos de atribuirle el delito de peculado por apropiación, consecuencia de sus decisiones.

El memorialista asevera que el bien jurídico de la administración pública no resultó lesionado, aduciendo que los jueces y magistrados no tienen la disponibilidad jurídica sobre los bienes objeto de disputa, pues, afirmar lo contrario conduciría a menoscabar los principios de imparcialidad y neutralidad.

Sobre el tema la Corte ha cimentado la siguiente postura, completamente aplicable al caso que ocupa ahora su atención:

“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”5.

Atendiendo ese parámetro jurisprudencial, que ha sido reiterado pacíficamente por la Sala, se tiene que el procesado sí puede responder por el delito de peculado, porque en su condición de juez laboral desarrolló actos de disposición jurídica sobre bienes del Estado, en el trámite de procesos sometidos a su jurisdicción y competencia, que le imponían un deber funcional al adoptar las decisiones que implicaban una disposición sobre tales bienes o recursos estatales.

Ahora, cuando la defensa en su afán de desvirtuar la pacífica posición de la Corte, recurre a posiciones más ideológicas que jurídicas, bien poco puede agregarse. Apenas significar que no encuentra razones para modificarla.

5. La obligación de consultar las sentencias que en primera instancia condenan a la Empresa Puertos de Colombia.

Asiste la razón al defensor cuando, con sustento en decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte, la Sala Penal de la misma y la Corte Constitucional, adviera que el tema en cuestión no era pacífico para la época –años 1995 a 1998- en la cual se emitieron los fallos laborales que se predicen prevaricadores, pues, en efecto, en atención a la naturaleza de la entidad demandada no surgía claro que se tratase en sí misma de “La Nación”.

Precisamente, por reconocer esa realidad, la Sala Penal de la Corte ha señalado reiterada y pacíficamente que con anterioridad a la Sentencia SU-962 de 1999, era perfectamente posible, sin que siquiera se entendiera error judicial, omitir el grado jurisdiccional de consulta en los casos en los cuales era condenada la Empresa Puertos de Colombia.

Ya el defensor citó con amplitud esa postura de la Sala, que no se entiende necesario transcribir de nuevo, no sólo por la claridad que encierra, sino en atención a que de ninguna manera ha variado la percepción jurídica que allí se contiene.

Por ello, resulta cuando menos inoficioso todo ese bagaje argumental que el A quo destina a fin de advertir cómo el hecho de no haber enviado de inmediato ante el superior lo fallado, para efectos de desatar la consulta, viola cualesquiera normas laborales o se contrapone al deber hacer legal imperante en la época.

Lo cierto es que entre los años 1995 y 1998, se verifica plausible la omisión, motivo suficiente para que, como lo pregonan el defensor del procesado, ese hecho por sí mismo no pueda hacerse valer en el cometido de perfilar prevaricador el comportamiento de quien a la sazón se desempeñaba como Juez Cuarto del Circuito Laboral de Barranquilla.

6. Conclusión.

Como se ha advertido en precedencia, en su esfuerzo de derrumbar la esencia probatoria del fallo del Tribunal, el libelista no es afortunado, pues, si bien algunas de sus apreciaciones tienen eco, como sucede con la obligación de someter a consulta los fallos laborales, se olvida que la definición del delito y, particularmente, del elemento doloso que se atribuye haber animado al procesado para dirigir su actuación hacia el desfalco de la Nación, opera a través del examen contextualizado y conjunto de todos esos comportamientos procesales, no apenas de las circunstancias que gobernaron la expedición

de los fallos contrarios a derecho.

Porque, aunque en ciertos temas de discusión es posible verificar que el procesado estaba en posibilidad de interpretar las normas en uno u otro sentido, dado que se trataba de aspectos problemáticos no resueltos para el momento de expedir las sentencias, es lo cierto que su actuación opera indiciariamente laxa, pues, respecto de la prueba de la convención colectiva partió de aceptar que no se requería de certificación emanada de la oficina central en Bogotá –sobre ello, conforme lo consignado en los fallos de segunda instancia emitidos por la Sala de Descongestión Laboral de Bogotá, no existe unanimidad- y acerca de la posibilidad de enviar a consulta la decisión, escogió la opción que facultaba la omisión.

Entonces, si ya se dijo que la inclinación persistente del procesado optaba por acudir a las interpretaciones más laxas, y si ahora se verifica que este permitió el adelantamiento de acciones carentes de legitimidad desde su inicio, al punto de emitir sentencias estimativas de las pretensiones, la conclusión no puede ser que dentro de su arbitrio ejerció sin ningún tipo de interés malsano su función y que, cuando la postura jurisprudencial en boga no sustentaba la decisión, apenas incurrió en un error.

En suma, del conjunto probatorio –que ni siquiera discrimina el defensor en su escrito de impugnación- se desprende claramente el compromiso del acusado, quien tomó dolosamente decisiones manifiestamente contrarias a la ley, obteniendo así el pago de dineros indebidos a terceros, lo cual nació de una serie de actos inequívocamente dirigidos a tan protervo fin, materializados tanto en el contenido de las sentencias laborales, como en los mandamientos de pago, la celeridad, desde luego ilegal, en librar estos, y la completa desatención cuando supo o debió saber que existían decisiones definitivas en torno de la necesidad de consultar los fallos en mención.

Por tal motivo, se insiste en que si bien el defensor del procesado tiene razón en algunas

de las alegaciones presentadas en aras de desvirtuar lo consignado en el fallo de primera instancia, ello no es suficiente para revocar la sentencia de condena, en tanto, se reitera, examinado en conjunto el actuar del enjuiciado y los elementos de juicio recabados, la conclusión sigue siendo la misma.

Así las cosas, se confirmará la condena impuesta al doctor JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA

Claro está, como la Sala advierte que al momento de la dosificación punitiva se conculcaron las garantías del procesado, procederá oficiosamente a su restablecimiento.

7. Modificación al fallo de primer grado.

Aunque en acápites precedentes quedó descartado que se presentase una incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, por lo menos en lo que a la tipificación de la conducta refiere, es evidente que al momento de la tasación punitiva, el A quo conculcó las formas propias del juicio y las garantías que le asisten al procesado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA.

Dicha situación será corregida oficiosamente por la Corte.

Efectivamente, a pesar de que al momento de proferir la resolución acusatoria la Fiscalía no dedujo circunstancia alguna de menor o mayor punibilidad de las contenidas en los artículos 55 y 58 del Código Penal, respectivamente, el juzgador de primera instancia al abordar la dosificación de la pena privativa de la libertad se ubicó en el cuarto máximo de movilidad punitiva, aduciendo simple y llanamente que el procesado “tiene antecedentes penales”.

En este evento, si bien era viable aplicar el sistema de cuartos, en la medida en que

establece un límite para el juzgador⁶, es lo cierto que el fallador debió ubicarse en el cuarto mínimo de movilidad punitiva, el cual procede, según lo establece el inciso 2° del artículo 61 de esa codificación “cuando no existan atenuantes o agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”; dentro los cuartos medios es posible la ubicación, señala el mismo precepto, “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva”, en tanto que, solo es posible apelar al cuarto máximo “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”.

En el pliego acusatorio, se repite, la Fiscalía no dedujo circunstancia de mayor punibilidad alguna, motivo por el cual el Tribunal debió aplicar la sanción dentro del primer cuarto y no en el último, apoyado en los “antecedentes penales” del sindicado, que ni siquiera da a conocer en su argumentación con el fin de verificar si las sentencias previas dictadas en su contra corresponden a hechos anteriores a los que motivaron la presente causa.

El Ad quem, desde luego equivocadamente, le dio el alcance de circunstancia de mayor punibilidad a los antecedentes penales, desconociendo que la norma –art. 58- no los consagra como tal.

En reciente decisión (fallo de casación del 16 de marzo de 2011, Radicado 34.736), esto precisó la Sala sobre el particular:

“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”.

Precisado lo anterior, se tiene que al momento de la dosificación punitiva, el juzgador tomó el contenido de los artículos 397 y 401 de la Ley 599 de 2000, a partir de los cuales determinó los siguientes cuartos de movilidad punitiva:

* Cuarto mínimo: de 54 a 85 meses y 15 días de prisión.

* Cuartos medios: de 85 meses y 16 días a 117 meses de prisión, y de este guarismo a 148 meses y 15 días de prisión; y

* Cuarto máximo: de 148 meses y 16 días a 180 meses de prisión.

Luego, al seleccionar el cuarto respectivo, esto argumentó:

“Teniendo en cuenta que el proceso JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA (sic), tiene antecedentes penales acorde con lo estipulado en el artículo 61 del código penal, debe la sala moverse dentro del cuarto máximo de punibilidad”.

Definido así el último cuarto, a la sanción mínima realizó un incremento de 7 meses y 15 días, fijando en definitiva una pena privativa de la libertad de 156 meses de prisión.

Evidenciado así el yerro del juzgador, procede la Corte a realizar la corrección respectiva, partiendo por delimitar nuevamente los cuartos de movilidad punitiva, con el fin de dosificar la sanción en el menor de ellos.

La conducta punible por la que se condenó al procesado CONSTANTINO PRASCA es la de peculado por apropiación agravado, tipificada en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal de 2000, cuya pena privativa de la libertad oscila entre seis (6) y quince (15) años de prisión.

Como el hecho se agravó por la cuantía, en virtud a lo normado en el inciso 2° de la misma disposición, la pena se aumentará hasta en la mitad, y en razón al reintegro parcial reconocido en el fallo de primer grado, la misma se disminuirá en una cuarta parte, tal como lo autoriza el inciso final del artículo 401 de la citada codificación.

En este orden de ideas, se parte de la pena básica de 6 a 15 años, la cual será aumentada hasta en la mitad por motivo de la agravación. Se trata, entonces, de una proporción determinada que agrava la sanción, la cual, de acuerdo con la regla contenida en el numeral 2° del artículo 61 Ibidem, se aplica al máximo de la infracción básica, es decir, a 15 años, cuya mitad es de 7 años y 6 meses, lo cual quiere significar que la pena oscilaría entre 6 y 22 años y 6 meses de prisión o, lo que es lo mismo, entre 72 y 2707 meses de prisión.

Así, para definir los cuartos de movilidad punitiva, es menester tener en cuenta que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay 198 meses, lo cual quiere significar que cada cuarto es de 49 meses y 15 días. La operación respectiva arroja el siguiente resultado:

* Cuarto mínimo: de 72 a 121 meses y 15 días de prisión.

* Cuartos medios: de 121 meses y 15 días a 171 meses, y de este guarismo a 220 meses y 15 días de prisión; y

* Cuarto máximo: de 220 meses y 15 días a 270 meses de prisión.

Ahora bien, para respetar el criterio del funcionario de primera instancia, la Corte, pero ya dentro del límite que compone el cuarto mínimo -entre 72 y 121 meses y 15 días-, incrementará la sanción en la misma proporción, correspondiente al 5.049% representativa de 3 meses y 18 días, hasta derivar en pena de 75 meses y 18 días de prisión, monto sobre el cual procede la rebaja en una cuarta parte en virtud del reintegro parcial (figura post-delictual). De esta forma, si la cuarta parte de 75 meses y 18 días corresponde a 18 meses y 27 días, la pena de prisión que finalmente deberá purgar el acusado JOSÉ ALFREDO CONSTANTINO PRASCA es de 56 meses y 21 días.

En ese único sentido, entonces, se modificará la sentencia del Tribunal.

Página contiene parte resolutive y firma del Presidente de la Sala

Segunda instancia N° 35.854 -Confirma condena-

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

1. CONFIRMAR la sentencia del 23 de noviembre 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 de prisión que debe purgar el sindicado CONSTANTINO PRASCA, la cual se fija en 56 meses y 21 días.
3. En lo demás, rige la providencia apelada.

Contra este fallo no procede recurso alguno.

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

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Comisión de Servicio

Página contiene firma de 8 Magistrados

Segunda instancia N° 35.854 -Confirma condena-

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Permiso

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
L.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de Servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 En dicha diligencia, vale agregar, el Tribunal negó la solicitud de nulidad deprecada

por el defensor, quien no obstante haber apelado dicha decisión, la Sala, mediante auto del 9 de septiembre de ese año (Radicado N° 35.854), declaró desierto el recurso por falta de sustentación.

2 En soporte de sus asertos, cita y realiza una amplia transcripción de la providencia de esta Sala, del 10 de agosto de 2010, Radicado N° 34.175.

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

4 Sentencia de 10 de marzo de 2010, Radicado 32.435.

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

6 Se hace la aclaración debido a que el sistema de cuartos fue introducido por la Ley 599 de 2000, siendo claro que los hechos aquí investigados ocurrieron en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980.

7 El máximo, entonces, no corresponde a los 180 meses que hasta ese momento fijó equivocadamente el Tribunal.