

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP1510-2017

Radicación 48381

(Aprobado Acta No. 77).

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada en nombre propio por EDGARDO CAICEDO RIVAS y por su defensor.

HECHOS:

El abogado EDGARDO CAICEDO representó judicialmente a Diva María Ibarra Prado, extrabajadora de la empresa Puertos de Colombia, en un proceso que culminó con sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura el 6 de febrero de 1995, en la cual le fueron reconocidas prestaciones a las que no tenía derecho, cuyo pago dispuso Foncolpuertos mediante Resolución 178 del 26 de enero de 1996 por \$24.052.373,50, suma desembolsada el 7 de febrero de la misma anualidad.

No obstante, al surtirse el grado de consulta del fallo, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó el 20 de octubre de 2002 y con base en tal determinación el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de puerto de Colombia (Ministerio de la Protección

Social), dispuso mediante acto administrativo del 3 de abril de 2003, reintegrar la referida suma mediante descuentos de la mesada pensional de la extrabajadora demandante, como en efecto ocurrió.

ANTECEDENTES PROCESALES:

Luego de disponer la apertura de instrucción, la Fiscalía Seccional de Bogotá vinculó mediante indagatoria a EDGARDO CAICEDO RIVAS y Diva María Ibarra Prado¹.

Clausurada la instrucción, el 28 de septiembre de 2009 se calificó el sumario con resolución de acusación en contra de CAICEDO RIVAS como probable determinador del delito de peculado por apropiación. En la misma decisión le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva, pero en aplicación del artículo 355 de la Ley 600 de 2000 se consideró que no era necesario hacerla efectiva.

La etapa del juicio fue adelantada inicialmente por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá y luego, por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, correspondió a los juzgados 48, 16 y 15 de la misma categoría y ciudad. Éste último despacho declaró prescrita la acción penal mediante auto del 16 de octubre de 2012, pero el Tribunal Superior de Bogotá revocó tal decisión a través de providencia del 20 de agosto de 2014.

Reasignado el proceso, el Juzgado 16 Penal del Circuito de esta capital profirió fallo el 12 de diciembre de 2014, condenando a CAICEDO RIVAS a 74 meses de prisión, multa de 169,23 salarios mínimos legales mensuales, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como para ejercitar la profesión de abogado, éstas dos últimas por el mismo lapso de la sanción privativa libertad, como determinador del delito objeto de acusación. Le fue concedida la prisión domiciliaria.

La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bogotá, a través de la

sentencia recurrida en casación, dictada el 9 de marzo de 2016, la confirmó en lo sustancial, precisando que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la abogacía tendría una duración de 5 años.

LA DEMANDA:

El procesado y su defensor suscribieron la demanda de casación, que consta de dos cargos.

1. Primer cargo. Nulidad por violación del debido proceso, el derecho de defensa, la legalidad y la presunción de inocencia.

Los recurrentes señalaron que por falta de aplicación de los artículos 29, 228 y 229 de la [Constitución Política](#); 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 16, 20, 21, 24, 39, 74, 13, 120, 306, 329, 331, 332 y 333 de la Ley 600 de 2000, los falladores incurrieron en irregularidades sustanciales al no declarar la prescripción de la acción penal.

Si mediante la Resolución 178 de 26 de enero de 1996 Foncolpuertos dio cumplimiento a la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura y el 7 de febrero de ese mismo año se pagó la suma de \$24.052.373,50 en favor de Diva María Ibarra Prado, debe ponderarse que si aquella resolución fue revocada el 3 de abril de 2003 ordenando el reintegro de los dineros, que fueron descontados en 13 cuotas sucesivas de la nómina de la extrabajadora desde abril de 2003 hasta mayo de 2004, se concluye que hubo un reintegro voluntario de los dineros.

Pese a que se trató de un acto administrativo de carácter particular que ordenaba modificar una situación jurídica concreta, Foncolpuertos no notificó a la afectada ni a su apoderado la resolución revocatoria del pago, sin embargo, unilateralmente se realizaron los descuentos y como ello ocurrió antes de iniciarse la investigación penal, debió reconocerse tal reintegro y disminuir la pena en la mitad, en aplicación del “artículo

401 de la Ley 600 de 2000 y 139 del decreto 100 de 1980”.

Al quedar la pena en 7 años y 6 meses de prisión, como la resolución de acusación adquirió firmeza el 21 de octubre de 2009, “el término prescriptivo se alcanzó en el mes de agosto de 2003” (sic) y así debió ser reconocido en las instancias.

Segundo. Nulidad por violación del debido proceso.

La defensa solicitó la invalidación de lo actuado desde la calificación del sumario, en cuanto no se dio aplicación a la disminución punitiva establecida en el artículo 30 del Código Penal para la figura del interviniente, omisión que impidió declarar la prescripción de la acción penal derivada del delito de peculado por apropiación.

Se violaron directamente por falta de aplicación, los artículos 29, 228 y 229 de la [Constitución Política](#); 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 16, 20, 21, 24, 39, 74, 113, 120, 306 y 329 de la Ley 600 de 2000.

Si EDGARDO CAICEDO es una persona particular, un abogado, sin las calidades exigidas por el tipo penal de peculado por apropiación, no podía ser condenado como sujeto “categorizable”. Si se hubiera reconocido la rebaja de una cuarta parte de la pena en su condición de interviniente, tendría que haberse declarado la prescripción de la acción de dicho delito, aun antes de la calificación del sumario.

Con base en lo expuesto, el procesado y su defensor pidieron a la Corte casar el fallo impugnado y emitir decisión de reemplazo en la cual se declare la prescripción de la acción penal.

Estando las diligencias en esta Corporación, el defensor allegó un escrito en el cual insistió en su solicitud de declarar prescrita la acción penal del delito por el que se procede en favor de su asistido, con base en los siguientes argumentos:

1. Desde el 7 de febrero de 1996, cuando Foncolpuertos emitió la nota débito, hasta antes de la calificación del sumario, transcurrieron más de 10 años, tiempo que corresponde al máximo señalado según los artículos 80 y 83 del Código Penal.

No puede tenerse como término prescriptivo de la acción el máximo de 15 años establecido para el delito de peculado por apropiación, sino los 10 años dispuestos legalmente como límite máximo del lapso prescriptivo, o a lo sumo 7 años y 6 meses, los que en efecto se cumplieron antes de la resolución de acusación que cobró ejecutoria el 22 de octubre de 2009, de modo que la prescripción se causó el 7 de agosto de 2003.

2. Según el artículo 86 del Código Penal, en firme la resolución de acusación debe contabilizarse la mitad del tiempo máximo punitivo fijado en el artículo 83 del mismo ordenamiento. Como en este caso el máximo corresponde a 7 años y 6 meses, la mitad son 3 años y 9 meses y por ello se debe tener en cuenta el marco mínimo legal permitido de 5 años, el cual se encuentra superado al ser contabilizado desde el 22 de octubre de 2009 cuando quedó en firme la acusación, es decir, el término prescriptivo se cumplió el 22 de octubre de 2014.

3. Si la pena máxima es de 10 años de prisión, como el reintegro de lo apropiado ocurrió antes de la sentencia de segunda instancia, se advierte que desde el día de los hechos han transcurrido 13 años, 8 meses y 15 días, lo cual imponía declarar la prescripción de la acción penal.

4. De considerar que el reintegro se dio antes de iniciarse investigación, la pena de quince años debió disminuirse en una tercera, lo que arroja un total de 10 años, tiempo que trascurrió tanto en la fase sumarial, como su mitad en la etapa del juicio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Según el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, “si el demandante carece de interés o la

demanda no reúne los requisitos se inadmitirá”.

Como se advierte que el propósito fundamental del procesado y su defensor se orienta a conseguir que se declare la prescripción de la acción penal del delito de peculado por apropiación, procede la Sala a examinar conjuntamente los cargos propuestos en orden a establecer si de acuerdo al artículo 212-3 de la Ley 600 de 2000 plantearon “en forma clara y precisa sus fundamentos”.

1. EDGARDO CAICEDO RIVAS no fue acusado ni condenado como interviniente, en cuanto carece de tal condición, toda vez que según lo tiene definido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala², si los partícipes, esto es, el determinador y el cómplice, no requieren las especiales calidades exigidas en la legislación pues no ejecutan de manera directa la conducta punible, resulta inconsistente rebajarles la pena cuando precisamente no cuentan con esas condiciones, es decir, si el determinador no es servidor público se le rebajaría la pena en una cuarta parte por carecer de una condición no exigida en su rol, y a su vez, al cómplice, que tampoco requiere de cualificación alguna, se le favorecería con una disminución de la cuarta parte de la pena, adicional a la prevista de una sexta parte a la mitad (inciso 2º del artículo 29 del Código Penal).

Por tal razón, la Corte ha señalado que el interviniente corresponde a “un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación”³, y posteriormente ha puntualizado que corresponde a quien realiza “actos de autor” en delito especial pero carece de las calidades exigidas en el tipo⁴, posición reiterada y aún vigente.

Si el abogado CAICEDO RIVAS fue determinador del delito aquí investigado, no podía concurrir en él la condición de interviniente y tanto menos obtener la rebaja dispuesta en la ley para tal calidad.

2. No procede en este caso la rebaja punitiva establecida en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000 para cuando “antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí

o por tercera persona (...) reintegrare lo apropiado”, pues la Corte ha señalado reiteradamente que se aplica cuando el reintegro es voluntario, sea directamente o a través de terceras personas. En tal sentido ha expuesto⁵:

“Se trata, entonces, de una fórmula de política criminal consignada en una norma de contenido sustancial con el propósito de disminuir el impacto negativo del delito frente al bien jurídico protegido, en tanto se morigera el daño causado a la administración pública cuando se recuperan los bienes y recursos públicos apropiados, perdidos o extraviados o se suspende el mal uso dado a los mismos y, a la vez, se logra un acto de arrepentimiento del procesado que disminuye la ofensa inferida al deber de probidad afectado con el delito”.

Si en este asunto, como lo destacó el Tribunal, el reintegro del dinero apropiado no obedeció al querer o intermediación del enjuiciado, sino a una circunstancia exógena, en cuanto el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia (Ministerio de la Protección Social), dispuso mediante acto administrativo del 3 de abril de 2003, reintegrar la referida suma mediante descuentos de la mesada pensional de la extrabajadora demandante Diva María Ibarra durante los años 2003 y 2004, es claro que no hay lugar a la mencionada rebaja punitiva por reintegro voluntario de lo apropiado, con mayor razón si el procesado y su defensor insistieron en que el acto por medio del cual se ordenaron dichos descuentos por nómina no fue siquiera notificado a la pensionada o a su apoderado.

3. El delito de peculado por apropiación se consumó cuando el 7 de febrero de 1996 Foncolpuertos desembolsó a Diva María Ibarra Prado la suma de \$24.052.373,50 conforme a la Resolución 178 del 26 de enero de la misma anualidad, que dio cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura en fallo del 6 de febrero de 1995.

Sobre el particular ha señalado la Sala6:

“El hecho de que se atribuya al procesado la disponibilidad jurídica de los bienes, informa de cómo el asunto examinado debe mirarse desde óptica distinta a aquellos en los cuales la persona acusada goza de disponibilidad material, pues, en estos últimos sí es posible advertir un desplazamiento inmediato del bien, al tanto que en los primeros es necesario que esa facultad legal de ordenar a otros la entrega o pago, se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado.

“La ejecución, en consecuencia, no podía hacerse en un solo acto, sino una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico regido por el mismo designio criminal; propósito que consistió en declarar ilegalmente que el monto de la pensión reconocida a favor de los demandantes era inferior a la que se les liquidó en su momento y, por supuesto, en ordenar que el reajuste de esas mesadas se les pagaran en adelante, periódicamente, cada mes, lo que en efecto ocurrió hasta cuando las sentencias constitutivas de prevaricato fueron revocadas”.

En efecto, si por ejemplo el tesorero de una entidad pública toma el dinero confiado en razón de sus funciones que reposa en la caja fuerte y lo saca de su oficina, en tal momento se consuma el delito de peculado por apropiación por tener la disponibilidad material del objeto del punible. Pero si se trata de un juez que ilegalmente ordena a una entidad estatal el pago de acreencias no debidas, pese a tener la disponibilidad jurídica del dinero en razón de sus funciones y decisiones, la consumación ocurre cuando se efectúa el respectivo desembolso, como sucedió en este asunto.

4. Según lo establecido en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, durante la etapa instructiva la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la

pena establecida en la ley, pero en ningún caso en un término inferior a cinco (5) años. En la fase de la causa tal lapso comienza a contarse de nuevo a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación por un tiempo igual a la mitad del establecido para el ciclo instructivo, sin que pueda tampoco ser inferior a cinco (5) años.

4.1. Si de acuerdo con el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, el delito de peculado por apropiación tiene una pena de 6 a 15 años de prisión, el término de prescripción en la instrucción será de 15 años contados desde la comisión del delito, esto es, desde 7 de febrero de 1996, el cual se cumpliría el 7 de febrero de 2011, pero antes, el 28 de septiembre de 2009 se profirió resolución acusatoria contra EDGARDO CAICEDO, la cual cobró ejecutoria el 21 de octubre del mismo año, luego no se configuró el fenómeno extintivo de la acción penal en tal fase instructiva.

4.2. En el juicio el término de prescripción se reduce a la mitad del máximo de la sanción, que si en este caso es de 15 años, se disminuye a 7 años y 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la acusación, es decir, desde el 21 de octubre de 2009, que se cumplirían el 21 de abril de 2017, fecha a la que aún no se ha llegado, luego tampoco ha operado la prescripción de la acción en la etapa de juzgamiento.

Resta señalar, como lo ha manifestado la Corte en otras oportunidades, que el desfaldo a las arcas de Foncolpuertos no fue producto del ejercicio legal y cabal de ciertos abogados, inspectores del trabajo y jueces, sino precisamente de un engranaje entre todos ellos, orquestado para reconocer y conciliar pretensiones a las que no tenían derecho los demandantes, además de ordenar su pago⁷.

Conforme a lo anterior, advierte la Corte que el procesado y su defensor no consiguieron en la demanda plantear “en forma clara y precisa sus fundamentos” (212-3 de la Ley 600 de 2000), pues por el contrario, acudieron a personalísimas interpretaciones de las reglas dispuestas en la ley para contabilizar el

término de prescripción de la acción en la instrucción y en el juicio, cuando no, desconocieron que el procesado no tenía la condición de interviniente y que no reintegró voluntariamente el valor de lo apropiado, además de apartarse de los desarrollos jurisprudenciales sobre tales aspectos, equívocos que imposibilitan a la Sala acometer el estudio de la demanda e impone su inadmisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, pues en virtud del principio de limitación propio del trámite casacional, la Corte no se encuentra facultada para enmendar tales incorrecciones.

Finalmente, no se observa en el curso de la actuación o en la providencia impugnada, violación de derechos o garantías de los sujetos procesales, como para que tal circunstancia impusiera el ejercicio de la facultad oficiosa que sobre el particular le confiere el legislador a la Sala para asegurar su protección.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de EDGARDO CAICEDO RIVAS.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En razón de su fallecimiento, el 6 de mayo de 2009 se precluyó la investigación.

2 Cfr. CSJ. SP, 8 jul. 2003. Rad. 20704.

3 CSJ. SP, 8 jul. 2003. Rad. 20704.

4 Cfr. CSJ SP, 12 sep. 2012. Rad. 37235.

5 CSJ SP, 12 dic. 2012. Rad. 37390. También en CSJ SP, 21 mar. 2012. Rad. 33101, SP, 18 ago. 2010. Rad. 33509 y AP, 5 ago. 2015. Rad. 43806.

6 CSJ. SP, 20 feb. 2013. Rad. 39353. También CSJ. SP, 2 jul. 2014. Rad. 39356.

7 Cfr. CSJ AP, 24 abr. 2013. Rad. 40198, AP, 9 oct. 2013. Rad. 42025 y AP, 4 dic. 2013.

Rad. 42562.