

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP3174-2018

Radicación 52553

(Aprobado en acta N°246)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado NICOLÁS JACINTO TORRES QUIRÓZ, contra la sentencia de segundo grado de 28 de noviembre de 2017 mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó la de carácter absolutorio emitida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, para en su lugar condenarlo como determinador del delito de peculado por apropiación agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

NICOLÁS JACINTO TORRES QUIRÓZ laboró para la empresa Puertos de Colombia del 24 de marzo de 1980 al 1° de junio de 1993, y habiendo recibido satisfactoriamente a su retiro la liquidación de las prestaciones sociales, a través de apoderado logró que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barraquilla mediante sentencia de 16 de agosto de 1995 condenara al Fondo Pasivo Social de la extinta entidad a pagarle prestaciones ya compensadas y otras no consagradas en la ley o en la Convención Colectiva, así como indebidamente indemnizaciones moratorias, las cuales fueron reconocidas a través de las Resoluciones N° 49 del 12 de

enero de 1996 por valor de \$49.254.012,97, y 2029 de 30 de septiembre del mismo año por \$3.996.177,00, y 1450 de 9 de octubre de 1997, obteniendo también que la asignación de jubilación ascendiera a la suma de \$1.088.624,00.

Esa determinación fue revocada el 14 de diciembre de 2001 por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al concluir que el tiempo supuestamente no contabilizado con anterioridad para la liquidación correspondía a licencias, sanciones y huelga, y porque el acuerdo que regía las relaciones de trabajo en esa época carecía de la debida acreditación para prestar mérito probatorio.

Por lo anterior, la Fiscalía General de la Nación, una vez adelantó la investigación penal en contra de TORRES QUIRÓZ, emitió el 31 de enero de 2014 resolución de acusación en su contra como determinador del delito de peculado por apropiación. En la misma providencia le precluyó la investigación por el ilícito de prevaricato por acción.

En firme la calificación el 15 de abril de 2014, en esa instancia al no ser objeto de impugnación, la etapa del juicio la adelantó el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá. En desarrollo de la audiencia pública, a solicitud del representante de la Fiscalía, se varió la calificación jurídica al incluir para el peculado por apropiación la circunstancia de agravación por razón de la cuantía y la figura del concurso delictual de carácter homogéneo.

El 18 de febrero de 2016 fue emitida sentencia absolutoria en favor del procesado, no obstante, en virtud del recurso de apelación elevado por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 28 de noviembre de 2017 revocó tal determinación, en su reemplazo, condenó a NICOLÁS JACINTO TORRES QUIRÓZ como determinador del delito de peculado por apropiación agravado, apartándose de la figura concursal al estimar que en el proceso de variación de la calificación jurídica que se hizo en el juicio no se podían adicionar nuevas conductas.

En consecuencia, le impuso setenta y dos (72) meses de prisión, multa de \$151.784.766,21 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción aflictiva de la libertad, sin concederle la suspensión condicional de la pena, ni la prisión domiciliaria.

Contra la anterior decisión el defensor del procesado impugnó extraordinariamente allegando la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, formula un cargo por violación directa de la ley sustancial ante la indebida aplicación del inciso segundo del artículo 30 del Código Penal respecto de la figura del determinador, con la consecuente falta de aplicación del inciso final del mismo precepto en relación con el interviniente.

Pone de presente que la conducta de su asistido se limitó a otorgar poderes a los abogados laborales para que iniciaran las acciones judiciales respectivas, y el Tribunal le atribuyó el delito por la expedición por parte de los servidores públicos de las decisiones judiciales y los actos administrativos que ordenaron el pago en la medida en que esa facultad les confería el dominio del hecho, del cual carecía el procesado y sus abogados y por eso no podían ser autores o coautores.

Y tras precisar el demandante que el determinador limita su actividad a influir de manera psicológica y positiva sobre el determinado para hacer nacer en este la idea criminal o reforzar la existente, sin que sea necesario que realice un aporte material a la empresa común, señala que aquí TORRES QUIRÓZ sí realizó una actividad al otorgar poderes a los abogados laborales para adelantar las acciones judiciales, con lo cual ejerció un co-dominio funcional sobre el hecho, de ahí que se le deba tener como coautor del delito especial sin cualificación, específicamente como interviniente.

Aduce que en la sentencia de segunda instancia se admitió que todo obedeció a la “contribución” o el “claro contubernio” con los servidores públicos (jueces y funcionarios del Fondo) que detentaban la disponibilidad jurídica y material de los bienes, en un “complot” que se urdió para apoderarse ilícitamente de los haberes públicos, con una bien “elaborada componenda encaminada a desfalcicar el erario”.

Que así los juzgadores dieron por demostrado que TORRES QUIRÓZ previamente acordó con los jueces, lo cual es ajeno a su representado, quien escasamente cursó hasta quinto año de primaria en tanto que las demandas fueron presentadas por diferentes abogados laboristas.

La trascendencia del yerro la ubica en la contabilización del término de prescripción de la acción penal, toda vez que por la figura del interviniente la sanción disminuye en una cuarta parte, por eso la pena máxima del delito, sin agravantes, de 15 años de prisión, quedaría reducida a 11 años, 3 meses de prisión.

Y que al computar desde la consumación del delito, esto es, del “26 de mayo de 1998” —sic— a la ejecutoria de la acusación de “22 de diciembre de 2009” —sic—, transcurrieron 11 años, 6 meses y 26 días operando por ello la prescripción de la acción penal.

Por lo tanto, pide casar el fallo a fin de cesar todo procedimiento en favor de su asistido.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil se opone a la pretensión del demandante al estimar que el procesado se muestra como un instigador y que por esa misma imputación no puede afirmarse que la acción penal está prescrita, pues así fue convocado a juicio y se emitió fallo de condena, sin que sea viable a esta altura procesal degradar ese grado de participación a la de interviniente, además, los efectos patrimoniales diferidos con el incremento de la

mesada pensional al prolongar la consumación del delito impide configurar la aludida prescripción de la acción penal.

De otra parte, destaca la equivocación del recurrente en la presentación de los cómputos, toda vez que los hechos no se consumaron el 26 de mayo de 1998, ni la ejecutoria de la resolución de acusación se dio el 22 de diciembre de 2009, quien incluso se aparta de la realidad procesal al citar folios, documentos, actas de conciliación y situaciones que no están acreditadas dentro del expediente y que tampoco fueron abordadas por el Tribunal, lo que le resta a la demanda la fuerza argumentativa necesaria para hacer variar la decisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son manifiestos los desaciertos en que incurre el libelista al formular la censura por violación directa de la ley sustancial al no guardar identidad con la realidad tomada judicialmente, ni tener lealtad y objetividad con la actuación.

En efecto, como lo resalta el apoderado de la parte civil, son patentes los errores del defensor al citar decisiones y situaciones que no guardan alguna relación con los hechos aquí debatidos, ni con el diligenciamiento surtido, por ejemplo, ubica los hechos el 26 de mayo de 1998 y la ejecutoria de la resolución de acusación el 22 de diciembre de 2009, cuando claramente aquí se estableció que una vez que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla emitiera el 16 de agosto de 1995 sentencia en favor de TORRES QUIRÓZ, logró que el pago se materializara mediante los actos administrativos 49 y 2029 del 12 de enero y 30 de septiembre de 1996, y 1450 del 9 de octubre de 1997, en tanto que la resolución de acusación emitida el 31 de enero de 2014, adquirió firmeza el 15 de abril de la misma anualidad.

También, desdeña que fue predicada circunstancia de agravación por razón de la cuantía para el delito de peculado por apropiación, lo cual hace incrementar la pena prevista de seis (6) a quince (15) años de prisión, hasta en la mitad, lo que ubica el límite de prescripción en

veinte (20) años, lapso que no había transcurrido para el momento en que cobró ejecutoria la resolución de acusación.

Esa presentación sofisticada se ratifica cuando transcribe apartes de un fallo que en manera alguna corresponde al emitido el 28 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, porque en el texto de la condena no se abordó o se concluyó un “claro contubernio”, “complot” o “bien elaborada componenda” entre el procesado, sus abogados y los servidores públicos que detentaban la disponibilidad jurídica y material de los bienes oficiales.

A su turno, no se apega a lo que objetivamente demuestra el proceso cuando destaca que su defendido tan solo contaba con quinto de primaria, porque en el fallo se tuvo que conforme a lo demostrado, el grado de instrucción de TORRES QUIROZ era el bachillerato, circunstancia que precisamente no le generaba algún impedimento para entender su obrar, pues “haber cursado la secundaria era suficiente para forjarse una visión y dilucidar que instaurar múltiples demandas contra la empresa, siempre buscando la reliquidación de la pensión y prestaciones sociales definitivas, además de indemnización moratoria que en últimas era el factor que cuantificaba en mayor dimensión las millonarias condenas que a su favor obtenía, constituía un proceder desleal y atentatorio del erario”.

El desarrollo del cargo no se ajusta a los requerimientos cuando de plantear la violación directa de la ley se trata, lo cual exige que el argumento se centre en un yerro de juicio respecto del precepto que se ocupa de regular el supuesto fáctico en concreto. Dicho error puede ser de selección normativa al radicar en la existencia de la disposición (falta de aplicación o exclusión evidente), por una equivocada adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la norma (aplicación indebida), o bien, de carácter hermenéutico al darle a la norma un sentido que no tiene o errar en su significado (interpretación errónea).

Al optar por el sendero de la violación directa de la ley sustancial, se debe aceptar el aspecto fáctico tenido en cuenta en las instancias así como la ponderación de los medios realizada por el sentenciador para centrar su disenso únicamente en el ámbito jurídico.

Aquí el libelista anhela que su asistido como simple extrabajador de la extinta empresa Puertos de Colombia, y por lo tanto particular, sea tenido como interviniente toda vez que según su criterio, tuvo una participación activa a manera de codominio del hecho pese a no ostentar la cualidad de funcionario público que exige el tipo penal, y que por lo mismo, no merece el calificativo de determinador, sin embargo no se detiene a señalar cómo el Tribunal erradamente declaró en el fallo que TORRES QUIROZ tuvo actos de administración, tenencia o custodia de los bienes oficiales sobre los cuales llevó a cabo actos de disposición como si fueran propios y que pese a ello fue condenado indebidamente como determinador debiendo serlo en condición de interviniente.

Solo resalta que su asistido firmó los poderes para poner en actividad el aparato judicial cuyo desarrollo conllevó a que se emitiera la sentencia y los mandamientos de pago por parte de los funcionarios públicos, estimando así que ese otorgamiento de los mandatos a los abogados laboristas se constituían en un aporte esencial, no obstante no especifica si en el fallo se le reconocieron al procesado actos propios de dominio del hecho.

Pasa por alto que el Tribunal estableció quiénes fueron los ejecutores del delito de peculado por apropiación en favor de TORRES QUIRÓZ y la responsabilidad de éste como determinador movido por el interés de acrecentar su peculio al exigir el pago de acreencias laborales inexistentes.

Judicialmente se delimitó su atribución como determinador, al carecer de la facultad de “direccionar los caudales gubernativos, es decir, carecía de las calidades jurídicas exigidas al sujeto activo de la conducta que se le atribuye, de ahí, se pregonaba su carácter inductor cuando en condición de pensionado de la entidad, con sus variados y reiterativos

requerimientos provocó la reliquidación de acreencias que no le correspondían, con el consiguiente desfaldo de las arcas estatales, estableciendo de esta manera el camino certero para alcanzar su premeditado fin”.

Esa consideración del juez plural impedía tener a TORRES QUIRÓZ como interviniente, porque la reducción punitiva prevista en el artículo 30 del Código Penal para quien no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concurre en su realización, es aplicable únicamente para el coautor de delito especial sin cualificación.

Ciertamente, el interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un extraneus al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal de ostentar la condición de servidor público, se entiende como forma atenuada su participación.

Acerca de tal figura la Corte ha señalado que el interviniente no puede entenderse como un símil de partícipe, “ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”. CSJ AP, 11 dic. 2012, Rad. 42312.

Lo anterior hace evidente que el defensor no demostró algún error judicial en la atribución

jurídico penal hecha a NICOLÁS JACINTO TORRES QUIRÓZ RUEDA de tenerlo como responsable a título de determinador del delito de peculado por apropiación agravado, pues no sujetó su libelo a las reglas establecidas para postular y demostrar el reproche que presentó contra el fallo de segundo grado, y en virtud del principio de limitación que rige el trámite casacional la Corte no se encuentra facultada para enmendar tales falencias.

Finalmente, atendiendo el derecho que le asiste al procesado de lograr una “doble conformidad”¹, para la Corte es evidente el acierto del Tribunal al haber proferido sentencia condenatoria como determinador del delito de peculado por apropiación al denotar su compromiso penal accesorio en esquilmar las arcas estatales ya que “las maniobras urdidas por el encartado generaron una relación de dependencia entre su actividad como inductor, la sugestión psíquica y la creación del dolo en los inducidos”.

El juez plural evidenció las reclamaciones que de manera recurrente hizo el procesado acreditadas con el historial de pagos allegado al expediente, las múltiples demandas y procesos laborales que él adelantó en los juzgados de Barranquilla (2°, 4°, 6° y 7°) a través de diferentes apoderados “en los que de manera reiterada se otorgaron prebendas por diversos conceptos salariales (reliquidaciones de pensión de jubilación, prima de antigüedad proporcional, prima de servicios proporcional, cesantías, prima vacacional, vacaciones, indemnizaciones moratorias, costas y agencias en derecho, indemnización por despido injusto”, lo cual reflejaba “su ávida intención de lucrarse con millonarias sumas de dinero como consecuencia del reconocimiento de reajustes por diferentes estipendios laborales, más aun si se considera que, no obstante, podían invocarse en una sola demanda, eran fraccionados con el claro propósito de lograr importantes indemnizaciones por falta o retardo en su desembolso”.

Destacó también que TORRES QUIRÓZ por haber sido miembro del sindicato de trabajadores de la empresa portuaria le daba un conocimiento especial de las prerrogativas que tenía, por ello era reprochable que elevara exigencias exageradas e ilegales, como

cuando sustentó un despido injusto pasando por deliberadamente por alto que su salida obedeció a la liquidación de la entidad como se le informó mediante oficio 225441 de 28 de mayo de 1993.

En ese sentido se le tuvo como determinador ya que al otorgar los poderes puso en movimiento la jurisdicción e indujo a los operadores judiciales y administrativos a proferir decisiones que ilegítimamente ordenaban el gasto de los haberes oficiales, cuya disponibilidad se les había confiado, de cuya facultad carecía el procesado.

Con esta óptica, la Corte avala las consideraciones del Tribunal ya que deviene diáfano que a TORRES QUIRÓZ no se le atribuyó que dada su condición de particular se apropió de bienes estatales sobre los cuales ejercía la tenencia, administración o custodia, como para tenerla en calidad de interviniente.

Así las cosas, la Corte encuentra que la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Bogotá tiene suficiente y adecuado análisis probatorio, que esta Sala comparte para declarar la responsabilidad penal del NICOLÁS JACINTO TORRES QUIRÓZ.

Como se concluye que la demanda no será admitida, es necesario indicar que no se ve la necesidad de superar los defectos que exhibe para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que ameritaran la intervención oficiosa de la Corte, pues se advierte razonablemente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso de casación: i) la efectividad del derecho material; ii) el respeto de las garantías de los intervinientes; iii) la reparación de los agravios inferidos a estos; o iv) la unificación de la jurisprudencia.

De otro lado, contra la decisión de no admitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el

defensor de NICOLÁS JACINTO TORRES QUIRÓZ ante las razones dadas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad de la demandante elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia de la Corte Constitucional C-792/2014