

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP936-2018

Radicación 48419

(Aprobado Acta No. 76)

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor de CAMILO

GUILLERMO TORRES ROMERO contra el auto que inadmitió la demanda de revisión presentada por el mismo profesional.

HECHOS:

En el proceso objeto de revisión se dio por demostrada la siguiente situación fáctica:

En ejercicio del mandato conferido por 25 ex trabajadores de la empresa Puertos de Colombia, el abogado CAMILO GUILLERMO TORRES ROMERO suscribió, el 11 de agosto de 1998, con el representante del Fondo Pasivo Social de dicha entidad, Juan Bernardo León Galindo, ante el Inspector 16 de Trabajo de la Dirección Territorial de Cundinamarca, el acta de conciliación 161, en la cual se acordó pagar en favor de aquellos el reajuste de pensiones, con fundamento en las Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988, intereses moratorios e indexación de las mesadas, por un valor total de \$684.352.408.30, pese a que la empresa en su oportunidad había aplicado los respectivos incrementos legales o los reclamantes no cumplían los requisitos establecidos para su reconocimiento. No fue emitida la respectiva resolución de pago del monto conciliado.

ANTECEDENTES RELEVANTES:

Surtida la respectiva actuación conforme a los trámites de la Ley 600 de 2000, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de enero de 2012, condenó a CAMILO GUILLERMO TORRES ROMERO como interviniente del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa a las penas de 27 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa por valor de 100 s.m.l.m.v.

El Tribunal Superior de Bogotá, el 4 de diciembre de 2012, confirmó la condena pero al acoger el pedimento de la Fiscalía apelante precisó que el procesado debía responder como determinador. En virtud de ello, reajustó las penas fijando tanto la prisión como la interdicción en 36 meses, al tiempo que revocó la sanción pecuniaria por tratarse de una

tentativa.

Contra la anterior decisión, la defensa interpuso recurso de casación mediante demanda, la cual fue inadmitida por esta Sala el 11 de diciembre de 2013.

El ciudadano TORRES ROMERO, a través de apoderado, presentó demanda de revisión. La Corte, en el auto materia del recurso de reposición, la inadmitió.

RAZONES DEL RECURSO:

Comenzó por destacar la relación entre el concepto de lo justo y el principio de legalidad, fundamentalmente en lo concerniente a la correcta tipificación de las conductas, “de tal forma que si el delito exige una acción, la misma esté determinada en esa descripción completa, incluyendo los dispositivos amplificadores del tipo, pero si ésta no se concreta bajo las reglas que determinan su existencia, por primacía de la ley no se estructura su comisión”.

La certeza y claridad inherentes al principio de legalidad se ven afectadas cuando en la definición de los dispositivos amplificadores del tipo el proceso no cuenta con medios de prueba que delimiten de manera infalible la frontera entre los actos preparatorios y los de ejecución en el marco de la tentativa. Más aún en aquellos eventos en los que para definir ese límite es necesario acudir a las normas que regulan la materia presupuestal con el objeto de determinar la disponibilidad jurídica como factor económico que hace parte del delito de peculado.

En este punto las sentencias desconocen otra faceta del principio de legalidad, como lo es el relativo a la favorabilidad, pues “la decisión tenía que optar por lo más favorable en la interpretación que ahora se fija en la defensa para descalificar la acción de revisión, cuando en realidad la dicotomía e imposición de los fallos es fuente de ilegalidad”.

Si, como se precisó en la decisión impugnada, el acta de conciliación suscrita por su defendido contenía una obligación clara, expresa y exigible que si no se presentó para su cobro y ejecución fue porque se develó su carácter ilegal, “esa ilegalidad frente al concepto de punibilidad de acto, resulta de carácter autónomo que al desarrollarse en la antesala del peculado, el daño al bien jurídico lo registra la fe pública en el evento de una falsedad ideológica y concursalmente contra la administración pública o de justicia bajo el fraude procesal”.

De acuerdo con la teoría de la tentativa, el bien jurídico de la administración pública que protege el delito de peculado no alcanza a ser afectado, ni siquiera en grado de peligro, con la suscripción del acta de conciliación, en tanto, según lo demostró con la prueba nueva y sobreviniente presentada con la demanda, el presupuesto no fue activado bajo ninguna manifestación de la autoridad pública administrativa “porque como lo certificaron los ministerios, no sólo no se hizo disposición presupuestal, pues no hubo certificado de disponibilidad presupuestal, sino que además, toda la reglamentación que se presentó también en el libelo y aplicaba a la administración de esos recursos, nunca fue utilizada y con ello no se iniciaron los actos ejecutivos respecto del objeto material del peculado”.

Extender la tentativa a actos preparatorios que menoscabaron bienes jurídicos protegidos por conductas punibles diversas al peculado por apropiación, no sólo impide la estructura de este último delito, sino que configura una manifiesta vulneración del principio de legalidad al darle prelación a teorías subjetivas, como la del control social o el finalismo, que permiten condenar así la conducta sea atípica.

El afán de atacar la corrupción, por otro lado, no pudo implicar el sacrificio de la legalidad. La persona procesada penalmente no tiene por qué soportar esa drástica interpretación sancionatoria para corregir el error del ente investigador, pues cuando se percibió la prescripción de los delitos base “incluso consumados y no tentados, como lo era la falsedad, fraude y estafa, entonces optaron por esta fórmula ilegal que le mantenía viva su

competencia, evitando las consecuencias legales sancionatorias por su omisión e ingresan al peculado a cambio de los otros delitos, forzando los elementos del dispositivo amplificador del tipo para habilitar la vigencia de la acción, ignorando esos mismos delitos en la calificación, con el agravante de que ellos eran consumados y así pueden instalar el juicio”.

Lo expuesto le permitió colegir que el tipo penal en blanco del peculado no fue revisado en su esencia y que, a cambio, se dio paso a la teoría subjetiva de la intención, la cual no es suficiente para zanjar el límite de los actos preparatorios con los ejecutivos y con los consumados.

La judicatura supuso la existencia de recursos para cancelar la conciliación cuando es evidente la ausencia de su disponibilidad, por diferirse en más de siete años su trámite de pago. Fue así como sólo hasta el mes de octubre de 2005 cuando, en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1689 de 1997, el Comité del Fondo Pasivo Social de Puertos de Colombia realizó la revisión del acta de conciliación 161 de agosto de 1998 para determinar si se iniciaba el trámite de pago. Es decir que sólo hasta cuando transcurrió ese término se evacuó el siguiente acto de verificación de documentos, sin que se registrara actividad alguna durante ese período por parte de los intervinientes en la conciliación, “lo que de suyo ya priva el documento de uno de los atributos aludidos, como lo es que sea exigible”.

Por tal razón es que cobra importancia la documentación aportada con la demanda y el soporte normativo que respalda el trámite del presupuesto, constituyéndose en un elemento nuevo y no discutido, porque si bien el proceso agotó la discusión de la conciliación, no lo hizo en cuanto a su capacidad de afectar el erario, dado que durante siete años los recursos no estuvieron disponibles, “pues si no se tiene la facultad, ni la capacidad directa de ejecución por parte del ordenador del gasto, el núcleo esencial de esa integración, el de los actos ejecutivos, desaparece”.

Si para que se cancele la conciliación es preciso presentarla para su cobro, el acto ejecutivo inicia con los trámites pertinentes ante quien ostenta la capacidad de giro, valga decir, el Ministerio de Hacienda y el CONFIS, lo que nunca se surtió durante la vigencia del título y, cuando se pretendió hacerlo, la capacidad ejecutiva ya había prescrito, dado que el término era de cinco años para tal efecto. Por consiguiente, el peligro para el bien jurídico había desaparecido “y con él la posibilidad de integrar el tipo penal por la vía de amplificadores del tipo penal”.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó reponer la decisión impugnada y, en su lugar, admitir el libelo de revisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El recurso de reposición constituye un medio otorgado por la ley a los sujetos procesales para que provoquen un nuevo examen de la providencia a partir de los argumentos expuestos en la sustentación, a fin de que el funcionario tenga la oportunidad de corregir los errores en que haya podido incurrir. Por ello, el impugnante está obligado a señalar de manera clara y precisa los motivos por los cuales estima que se debe revocar, modificar o aclarar la providencia recurrida, lo que le implica abordar concretamente los fundamentos de la decisión atacada, con el propósito de conseguir que sea modificada en alguno de los sentidos indicados.

No se repondrá la decisión impugnada en cuanto la Sala observa que más que rebatir los argumentos expuestos para inadmitir el libelo, el fundamento del recurso está orientado a reiterar sus planteamientos.

De esa manera, el recurrente insiste en su tesis de que en este caso la suscripción por parte de su defendido del acta de conciliación 161 del 11 de agosto de 1998 ante el Inspector 16 de Trabajo de la Dirección Territorial de Cundinamarca, como apoderado de 25 ex trabajadores de la empresa Puertos de Colombia, con el representante del Fondo Pasivo

Social de dicha entidad, donde se les reconocieron acreencias laborales ilegales por la suma de 684.352.408,30, constituye un acto preparatorio y no uno ejecutivo, tal como se corrobora a través de los documentos allegados con el libelo de revisión.

Si ello es así, a su juicio, no podía condenársele como determinador del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa, porque la conciliación no alcanzó a afectar el presupuesto y, por lo mismo, tampoco al bien jurídico protegido de la administración pública en tanto se desvirtúa el componente referido a la disponibilidad jurídica de los recursos, pudiéndose configurar otros delitos como la falsedad, el fraude procesal o la estafa. Además, porque cuando se intentó el trámite de pago del acta conciliatoria, siete años después de su celebración, la obligación ya estaba prescrita, por lo que no había forma de afectar el bien jurídico protegido.

Frente a esa argumentación, es necesario precisar, en primer lugar, que la acción de revisión es viable cuando a través de prueba nueva, esto es, no conocida al tiempo de los debates, se logra establecer la inocencia del condenado, con fundamento en la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, invocada en este caso por el actor. Por esta vía es viable discutir cualquiera de las categorías del delito, ya sea la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad (art. 9 del C.P.).

También, desde luego, procede en el ámbito de los llamados dispositivos amplificadores del tipo penal en la medida en que la prueba nueva comporte la inocencia del sentenciado. Así, como ocurre en este caso, si la condena se ha proferido en grado de tentativa y a través de los medios de prueba novedosos aportados con la demanda de revisión se logra evidenciar que el acto o los actos atribuidos no son ejecutivos sino preparatorios, será necesario levantar el carácter de cosa juzgada de la decisión, dado que dichos actos no son punibles, por lo que una condena cifrada exclusivamente en su realización devendría injusta.

En relación con este tema y la incidencia nociva frente al principio de legalidad de una

condena fundada en el despliegue exclusivo de meros actos preparatorios, la Sala comparte el planteamiento del recurrente, puesto que si se pretende condenar bajo la modalidad de tentativa, es menester, para garantizar tal postulado, que los medios de convicción demuestren que efectivamente se realizaron actos ejecutivos de la conducta punible. Sobre el particular, dijo la Sala en la sentencia CSJ. SP, oct. 14 de 2014, rad. 40401:

“Como el artículo 29 de la Carta Política dispone que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’ (subrayas fuera de texto), de allí se ha reconocido que en Colombia, como Estado social y democrático de derecho sustentado en el valor supremo de la persona humana y su eminente dignidad, las personas responden por sus comportamientos (derecho penal de acto), y no por lo que son (derecho penal de autor), reconociendo entonces a la par que está proscrito el derecho penal de ánimo o de pensamiento, en cuanto no puede ser punible lo que los individuos piensen, por reprochable o potencialmente dañino que parezca, en la medida en que no hayan materializado su intención en actos, por lo menos ejecutivos para lograr siquiera la configuración del delito por vía del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa”.

No obstante, y en segundo lugar, el argumento central esbozado para inadmitir el libelo –y que el recurrente no logra rebatir a través de este medio de impugnación— radicó en que los medios de persuasión aportados con el libelo carecen de relevancia para demostrar la injusticia del fallo, pues el acto de conciliación, en sí mismo, trascendió en este caso a un acto ejecutivo dentro del itinerario criminal del peculado por apropiación al punto que si no se consumó la conducta, o no se obtuvo la apropiación efectiva de las sumas conciliadas fue, como lo señala el artículo 27 del Código Penal, por circunstancias ajenas a la voluntad del sentenciado CAMILO GUILLERMO TORRES ROMERO, quien representaba a los ex trabajadores portuarios. Lo anterior, por cuanto, según lo sostuvo el sentenciador de primera instancia, hubo un oportuno cambio del director de la empresa en liquidación y una diligente labor realizada por el Grupo Interno de Trabajo del Ministerio de Protección Social que detectó las irregularidades evidenciadas en el acta de conciliación 161 del 11 de

agosto de 1998, impidiendo su pago.

Como se explicó en la decisión impugnada, el yerro del planteamiento formulado en la demanda consistió en que para determinar el elemento concerniente a la disponibilidad jurídica de los recursos públicos del tipo penal de peculado por apropiación, con el fin de establecer que la suscripción del acta de conciliación pertenece a la esfera de los actos preparatorios y no a la de los de ejecución, se acudió a la normatividad presupuestal, o a actos futuros a la conciliación misma, como la emisión del certificado de disponibilidad presupuestal para el pago o a la emisión de actos administrativos para su reconocimiento (certificación del CONFIS y del Ministerio de Hacienda y demás actos indicados por el demandante), o a invocar la prescripción posterior del título, cuya materialización sobrevino precisamente tras determinarse que se trataba de una conciliación ilegal en cuanto contenía obligaciones ya canceladas a los reclamantes.

Para calificar la idoneidad de la tentativa, como también se precisó en la decisión recurrida, no se puede llegar al extremo de tolerar la realización de actos ejecutivos que se aproximen, cada vez más, a la consumación de la conducta y que representen, en consecuencia, un mayor grado de afectación del bien jurídico protegido, frente a lo cual no se debe olvidar que, conforme al artículo 27 del Código Penal, para que la conducta se reprima bajo la modalidad tentada, basta con que el sujeto activo del delito “iniciare la ejecución” de la conducta punible y que el resultado o consumación no se produzca por circunstancias ajenas a su voluntad.

El propósito del demandante, entonces, se traduce a dejar en la impunidad un amplio espectro de conductas que constituyen verdaderos actos ejecutivos de naturaleza delictiva sólo porque no se verificó el desvío de los recursos de la administración pública hacia el patrimonio del sujeto agente o de terceros, pero, frente a ello, la Sala adujo contrariamente en el auto CSJ. AP, jun. 17 de 2013, rad. 39336, lo siguiente:

“El reproche del apelante con el cargo relacionado con la tentativa de peculado por apropiación se origina en que como no se produjo el desplazamiento de dichos dineros, tal conducta no debió ser sancionada; lo cual desconoce de tajo que la tentativa, en tanto dispositivo amplificador del tipo tiene como objetivo, precisamente evitar que las conductas punibles que no alcanzaron el estadio de su consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, no queden en la impunidad”.

La suscripción del acta de conciliación en donde se reconocen derechos laborales ilegales comporta un verdadero acto ejecutivo del delito de peculado por apropiación. Así también se precisó en reciente decisión de la Sala, en la que también se analizaba la responsabilidad derivada de una defraudación a Foncolpuertos (CSJ. SP, jun. 28 de 2017, rad. 49020), al sostener:

“...el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo (Decreto ley 2158 de 1948), vigente para la época de los hechos, contemplaba la posibilidad de que, previo a presentar la demanda, se conciliara ‘ante el juez competente o ante el Inspector de Trabajo’, acuerdo que según el artículo 78 de la misma codificación, debía consignarse en un acta que ‘tendrá fuerza de cosa juzgada’. En el mismo sentido, el artículo 4 del Decreto Ley 2651 de 1991 advertía que el procedimiento de conciliación concluía con la firma del acta contentiva del acuerdo, ‘la cual hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo’.

“En este orden, emerge clara la naturaleza jurídica otorgada al citado instrumento, al cual se dotó de los mismos efectos vinculantes de una decisión judicial, dado que, una vez avalado el acuerdo por el conciliador, se resuelve de fondo la controversia que entraña, siendo posible a partir de allí su ejecución”.

La anterior postura se corresponde en un todo con la plasmada en el auto inadmisorio impugnado, donde se destacó que “conforme al artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, así como la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 556 de 1998, entre

otras disposiciones tendientes a descongestionar los despachos judiciales, la conciliación tiene el efecto de dar por terminados los procesos, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo”.

Por otro lado, el reconocimiento de obligaciones ilegales a través de una conciliación, configura un acto idóneo e inequívocamente encaminado a apropiarse de los recursos de la administración pública, esto es, a poner en peligro y lesionar efectivamente el bien jurídico protegido con el delito de peculado por apropiación, independientemente de que ese acto configure otras conductas punibles, como la falsedad ideológica en documento público o el fraude procesal, que pueden concursar con el delito por el cual se condenó a CAMILO GUILLERMO TORRES ROMERO, pero cuyo análisis no atañe a esta decisión.

Finalmente, no se trata, conforme lo planteó el recurrente, de imponer teorías subjetivas para sustentar el reproche por la modalidad de tentativa, en las que se sanciona única y exclusivamente el fin pretendido con la comisión de la conducta punible a pesar de no realizar actos ejecutivos y prescindirse de la tipicidad de la conducta, cuando para su determinación, tanto en las sentencias de instancia como en la impugnada, no se han perdido de vista los elementos del tipo penal y se ha evaluado de forma preponderante el grado de afectación al bien jurídico protegido, concepto que se aviene con las teorías objetivas y mixtas sobre dicha figura, siendo estas últimas las de mayor aceptación (cfr. CSJ. SP, ago. 8 de 2007, rad. 25974).

Las razones expuestas resultan suficientes para adoptar la decisión de no reponer el auto mediante el cual se inadmitió la demanda de revisión presentada por la defensa.

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

RESUELVE:

NO REPONER la providencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

Conjuez

RICARDO POSADA MAYA

Conjuez

HUGO QUINTERO BERNATE

Conjuez

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Conjuez

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria