

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP5519-2018

Radicación n.º 54301

Acta n.º 405

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

I. V I S T O S

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Alberto Lloreda Garcés contra el fallo de segunda instancia dictado el 21 de agosto de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, por medio del cual confirmó integralmente la sentencia emitida el 2 de marzo del mismo año por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de la ciudad, mediante la cual condenó al procesado como determinador de peculado por apropiación agravado, en grado de tentativa.

II. H E C H O S

En el fallo impugnado se sintetizaron así:

Se extracta del sumario y la resolución de acusación, que entre los años 1997 y 1998, la Fiduciaria del Pacífico 'FIDUPACÍFICO S.A.', representada legalmente por LLOREDA GARCÉS, celebró 146 contratos de fiducia mercantil 'irrevocables de garantía, administración y

fuente de pago', así como de 'administración, recaudo y pagos' con aproximadamente 736 ex trabajadores de Puertos de Colombia, cuyo objeto a través de la figura de la 'cesión de crédito', consistió en la transferencia de sus derechos personales derivados de sentencias y mandamientos de pago emitidos en juicios ordinarios laborales promovidos contra esa compañía, así como de conciliaciones supuestamente suscritas en diciembre de 1993; obligaciones todas a cargo del Fondo que asumió el pasivo social de dicha empresa.

Con miras al cumplimiento de dichos convenios fiduciarios, estimados en la suma de \$88.545.000.000.00, tanto el prenombrado como los miembros de la junta directiva de Fidupacífico presentaron sendas solicitudes ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Procuraduría General de la Nación, entre otros organismos; sin embargo, mediante comunicación signada el 21 de diciembre de 1998, la Coordinación Jurídica de Foncolpuertos 'no se comprometió' a su pago, en virtud de las irregularidades encontradas en los documentos que sirvieron de fuente para tales negociaciones, mismas que para el mes de septiembre de 1999, la Contraloría General de la República mediante informe de auditoría al proceso de liquidación de esta última entidad estableció así:

1.- Con relación a las órdenes ejecutivas libradas por varios de los juzgados laborales del circuito de Barranquilla, advirtió diferencias entre los valores allí plasmados y los establecidos en los mencionados contratos.

2.- Frente a las actas que consignaron cuantiosos acuerdos con la empresa portuaria cuestionó su autenticidad, circunstancia que incluso suscitó su investigación por parte de la Fiscalía, aunado a la multiplicidad de apariciones de igual ex portuario como fideicomitente y el registro de diversos beneficiarios bajo idéntico número de cédula.

No obstante la existencia de dichas anomalías, aunado al fenómeno de corrupción que campeaba al Fondo, el cual, vale anotar, para el momento de suscripción de las fiducias en comento era de amplio conocimiento entre la opinión pública, JORGE ALBERTO LLOREDA

GARCÉS, prevalido del inequívoco propósito de esquilmar las arcas del Estado, sin miramiento alguno decidió llevar a cabo tales negociaciones.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 1° de octubre de 2009, la Fiscalía Quinta Delegada de la Estructura de Apoyo al tema FONCOLPUERTOS profirió resolución de acusación contra Jorge Alberto Lloreda Garcés como determinador de peculado por apropiación agravado, en grado de tentativa.
2. El 28 de julio de 2010, la Fiscalía Veintiocho Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá modificó la acusación, en el sentido de llamar a juicio al señor Lloreda Garcés en calidad de interviniente.
3. Luego de tramitar la causa, el 14 de febrero de 2014, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió condenar al acusado como determinador de la conducta punible endilgada.
4. Al conocer del recurso de alzada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, mediante proveído del 9 de agosto de 2016, decidió anular el fallo, por considerar que al a quo “(...) no le correspondía motu proprio emitir condena en contra de JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS como determinador (...) sin antes haber agotado previamente el incidente de la variación jurídica provisional con sujeción al artículo 404 de la Ley 600 de 2000 (...)”.
5. Acatando lo resuelto por el superior, y como quiera que la decisión sobre ineficacia comprendió únicamente la sentencia de primer grado, el 1° de septiembre de 2016, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá declaró la nulidad parcial de lo actuado desde el momento posterior a la clausura de la fase de pruebas en la audiencia pública de juzgamiento, y ordenó llevar a cabo el trámite para la variación de la calificación jurídica provisional.

6. El 13 de junio de 2017 se realizó por la Fiscalía la variación de la calificación jurídica provisional: de interviniente a determinador.

7. Nuevamente, el juzgado emitió fallo condenatorio contra Jorge Alberto Lloreda Garcés como determinador de peculado por apropiación agravado, en grado de tentativa, el 2 de marzo de 2018, el cual fue confirmado por el tribunal el 21 de agosto del mismo año.

8. La defensa interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

IV. LA DEMANDA

Contiene tres cargos, el primero de ellos con el carácter de principal, a saber:

Cargo primero (principal): nulidad. Sostiene que el 25 de noviembre de 2016, antes de que se efectuara la variación de la calificación jurídica provisional, según el título de imputación vigente en ese momento (interviniente), prescribió la acción penal y, por consiguiente, todo lo actuado a continuación es nulo porque el Estado perdió la capacidad de seguir adelantando el proceso penal y solamente conservaba la potestad para declarar la ocurrencia de la causal de extinción de la acción penal.

Cargo segundo (subsidiario): nulidad. Afirma que el trámite para variar la calificación jurídica provisional no respetó el debido proceso, toda vez que con él se revivió una instancia procesal ya agotada. Trae a cita pronunciamiento de la Corte que reza:

(...) De manera que durante la etapa del juicio, como no es dicho funcionario -el ad quem-, sino el fiscal de primer nivel el que acude como sujeto procesal, es claro que éste no puede desconocer lo ordenado por el superior. Por contera, no podrá durante esta etapa pretender variar la calificación, basado tan solo en una mejor apreciación de las pruebas existentes o de la situación fáctica, y menos en una teoría de mayor relevancia. (CSJ, 28 mar. 2012, rad. 36597).

Cargo tercero (subsidiario): violación directa de la ley sustancial. Postula la aplicación indebida del inciso segundo del artículo 30 del Código Penal, toda vez que, a su juicio, “(...) los fundamentos fácticos y probatorios de la condena no estructuran la conducta bajo el título que le fue atribuido, es decir la de determinador de peculado por apropiación”. En su criterio, Lloreda no actuó como determinador sino como autor, para “(...) perfeccionar una actuación ilícita que ya venía andando, pero que no pudo consumarse toda vez que las autoridades ante quienes se adelantó el cobro se negaron a desembolsar el dinero que se reclamaba”.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal solicita a la Sala casar la sentencia demanda y, en su lugar, decretar la cesación del procedimiento.

Para el efecto, examina cada uno de los cargos formulados por el demandante y concluye que estos tienen vocación de prosperidad.

En tratándose del reproche principal, concluye que para el momento en que se efectuó la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible hacía 8 meses y 8 días que se había consolidado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal y que debido a ello “(...) a los operadores judiciales les estaba vedado dictar sentencia condenatoria”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Iniciando con el examen del cargo principal, se tiene:

1. En este evento el término de prescripción de la acción penal se interrumpió el 28 de julio de 2010, fecha en la que la Fiscalía Veintiocho Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial conformó la decisión de llamar a juicio a Jorge Alberto Lloreda Garcés, pero

con la modificación del título de imputación: de determinador a interviniente. En consecuencia, a partir de entonces el plazo comenzó a correr de nuevo, pero por tiempo igual a la mitad del indicado en el artículo 83 del Código Penal, sin ser inferior a 5 ni superior a 10 años. La reforma efectuada por la Ley 890 de 2004 al artículo 86 de la Ley 599 de 2000 únicamente aplica a los asuntos regidos por la Ley 906 de 2004 (CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 24300).

2. El artículo 397 de la Ley 599 de 2000, aplicable por favorabilidad, sanciona el peculado por apropiación con prisión de seis (6) a quince (15) años, es decir, de setenta y dos (72) a ciento ochenta (180) meses (inciso primero).

No obstante, cuando el valor de lo apropiado supera los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumenta hasta en la mitad (1/2), según dispone el inciso segundo de la norma en cuestión.

Por consiguiente, aplicando la pauta del artículo 60-2 ibídem, el anterior incremento afecta únicamente al extremo máximo y, por ende, los nuevos linderos punitivos son: prisión de setenta y dos (72) a doscientos setenta (270) meses (es decir, 22 años 6 meses de prisión como máximo).

Ahora bien, como se afirma que la conducta se quedó en el grado de tentativa, la consecuencia jurídica, según el inciso primero del artículo 27 del Código Penal, ha de corresponder a “(...) pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”. En nuestro caso, ello se traduce en unos extremos que oscilan entre treinta y seis (36) y doscientos dos (202) meses quince (15) días de prisión (vale decir, 16 años 10 meses 15 días como extremo máximo).

A continuación, respecto de la figura del interviniente el inciso final del artículo 30 del Código Penal dispone que “(...) se le rebajará la pena en una cuarta parte”. Es así como,

siguiendo ahora la regla del artículo 60-1 ibídem, en esa proporción se han de reducir tanto el mínimo como el máximo. Para nuestro evento, se obtienen unos guarismos que van de veintisiete (27) meses a ciento cincuenta y un (151) meses veintiséis (26) días.

3. El término máximo antes indicado, que equivale a doce (12) años, siete (7) meses y veintiséis (26) días, se reduce a la mitad por disposición del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, por el motivo ya indicado en el numeral primero, lo que nos arroja seis (6) años, tres (3) meses y veintiocho (28) días.

4. Dicho plazo, computado conforme a la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación ejecutoriada, que, como se sabe, es ley del proceso, y a partir de su firmeza, se cumplió el 26 de noviembre de 2016.

5. En consecuencia, le asiste razón al recurrente en que para cuando se produjo la variación de la calificación jurídica provisional, esto es, el 13 de junio de 2017 el Estado ya había perdido la potestad para continuar adelantando el ejercicio de la acción penal y, por tanto, la actuación realizada para proseguir con ella deviene ineficaz.

En ese orden de ideas, se casará el fallo impugnado, en el sentido de disponer la cesación del procedimiento, al haberse producido la extinción de la acción penal por prescripción.

Igual determinación se adoptará respecto de la acción civil que se intentó dentro del proceso penal (artículo 98 del Código Penal).

No se coincide con la tesis de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, esto es, que la acción penal se encuentra prescrita aún con la calificación de determinador, toda vez que en tal evento el término de extinción sería de 8 años, 5 meses y 7 días, que se cumplirían el 4 de enero de 2019.

6. Ante la prosperidad del cargo principal deviene innecesario ocuparse de los subsidiarios.

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

R E S U E L V E

1. Casar la sentencia demandada, en el sentido de declarar extinta, por prescripción, la acción penal adelantada por el delito de peculado por apropiación agravado, en grado de tentativa y, consiguientemente, disponer la cesación del procedimiento en favor de Jorge Alberto Lloreda Garcés, así como ordenar el archivo definitivo del expediente.
2. Declarar igualmente extinta la acción civil intentada dentro del presente proceso penal.
3. Devolver la actuación al tribunal de origen.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

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 CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria