

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada ponente

SP357-2023

CUI: 11001310400420090030102

Radicado n.o 59199

Aprobado acta n.º 159

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve la impugnación especial presentada por Fidel Ernesto Oñoro Retamozo contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2015, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Esta providencia revocó la decisión absolutoria emitida el 28 de agosto de 2013, por el Juzgado Quince Penal del Circuito de esta ciudad y, en su lugar, condenó a Oñoro Retamozo y a Estela Barrios Mendoza como determinadores del delito de peculado por apropiación.

II. HECHOS

1.- Estela Barrios Mendoza, quien laboró desde el 16 de febrero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1993 en Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, confirió poder a varios profesionales del derecho para que, en su nombre, instauraran procesos laborales ordinarios y ejecutivos contra el Fondo de Pasivo Social -Foncolpuertos-,

con el fin de obtener pensión de jubilación y reajustes sucesivos de conceptos laborales ya satisfechos o prestaciones no consagradas en la ley, ni en la Convención Colectiva del Trabajo.

3.- El 11 de marzo de 1995, ese despacho libró mandamiento de pago por \$24.447.770.10, al que se dio cumplimiento mediante resolución 1768 de 13 de noviembre de 1997, en cuantía de \$28.739.477.69, suma que se desembolsó al apoderado según comprobante de egreso 103.478 expedido por Fiduciaria la Previsora S.A.

4.- El 27 de septiembre de 2001, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del asunto en grado de consulta, revocó la sentencia dictada por el A quo.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

5.- Adelantada la investigación en relación con todas las demandas laborales instauradas por diversos apoderados, el 22 de diciembre de 2006 la Fiscalía Segunda adscrita a la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública Estructura de Apoyo para Foncolpuertos, al calificar el mérito del sumario, entre otras decisiones, acusó a Estela Barrios Mendoza y a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo, como presuntos determinadores del delito de peculado por apropiación, en cuantía de \$28.739.477.69, al tiempo que ordenó la suspensión de los efectos jurídicos y económicos de la resolución 1768 del 13 de noviembre de 1997, que dispuso cancelar el mandamiento de pago dictado el 11 de marzo de 1996 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla¹.

6.- La anterior decisión fue confirmada el 14 de agosto de 2009 por la Fiscalía Cincuenta Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación promovido por la defensa de Oñoro Retamozo².

7.- El conocimiento de la causa estuvo a cargo de varios despachos judiciales de esta ciudad, entre ellos, el Octavo Penal del Circuito de Descongestión³ que celebró las audiencias preparatoria⁴ y pública⁵, y el Quince Penal del Circuito que el 26 de enero de 2012 dictó sentencia, por cuyo medio declaró la prescripción de la acción penal por el delito de peculado por apropiación, a favor de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo y Estela Barrios Mendoza, al considerarlos intervinientes de esa conducta punible.

8.- El 24 de junio de 2013, el Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del recurso de apelación propuesto por la Fiscalía y el Ministerio Público, estimó equivocado el criterio del A quo, en torno a la forma de participación de los procesados. Por ende, revocó la anterior decisión y dispuso que dictara la correspondiente sentencia⁶.

9. En cumplimiento de lo anterior, se remitieron las copias del proceso al Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá y en sentencia del 28 de agosto siguiente, absolvió a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo y Estela Barrios Mendoza del cargo de peculado por apropiación⁷.

10.- El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 20 de enero del 2015, en curso revocó la decisión del A quo, y en su lugar, condenó a Oñoro Retamozo y Barrios Mendoza, como determinadores del delito de peculado por apropiación. Les impuso, setenta y ocho (78) meses de prisión, multa por el equivalente al valor de lo apropiado, es decir, \$28.739.477.69 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y, al primero, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado por el término de cinco (5) años. Igualmente, les ordenó cancelar, solidariamente, la suma de \$28.739.477.69, por concepto de perjuicios materiales a favor del Ministerio de la Protección Social -Grupo Interno de Trabajo- Gestión Pasivo Social «Puertos de Colombia».

11.- Contra esa decisión, la defensa de Oñoro Retamozo interpuso casación⁸ y allegó el

libelo respectivo⁹.

12.- En auto CSJ, AP7147-2015, rad. 2 dic. 2015, Rad. 46176, esta Sala inadmitió los cargos primero y segundo del libelo, en tanto que admitió el tercero de ellos y ordenó correr traslado a la Procuraduría.

13.- En fallo CSJ, SP3805-2016, 30 mar. 2016, rad. 46176, la Corte casó oficiosa y parcialmente la sentencia proferida el 20 de enero de 2015, por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de fijar en tres (3) meses y doce (12) días la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado impuesta a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo.

14.- Posteriormente, Fidel Ernesto Oñoro Retamozo le solicitó a la Corte que se le «permita ejercer el derecho constitucional a impugnar la primera condena» que, bajo el trámite de la Ley 600 de 2000, le fue impuesta como determinador del delito de peculado por apropiación.

15.- En auto CSJ, AP2235-2020, 9 sep. 2020, rad. 46176 se concedió a Oñoro Retamozo el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria proferida en su contra, por el Tribunal Superior de Bogotá. Se dispuso que ante ese tribunal se sustente ese mecanismo y se corriera el traslado correspondiente. Una vez efectuado, el trámite legal, el tribunal remitió el asunto a esta Corte.

IV. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA

4.1.- Sentencia de primera instancia

16.- El 28 de agosto de 2013 el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá absolvió a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo y Estela Barrios Mendoza del cargo de peculado por apropiación¹⁰, por cuanto consideró que, si bien estaba acreditado el elemento objetivo del

tipo penal, no ocurría igual con el subjetivo. En su criterio, no existen medios de prueba con la suficiente idoneidad para predicar que los implicados obraron de mala fe y son culpables por su actuación ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla.

17.- Sobre Fidel Ernesto Oñoro Retamozo refirió que no se acreditó el nexo causal entre el instigador [apoderado judicial] y el instigado [la juez Quinta Laboral del Circuito de Barranquilla], ni la mala fe del primero al representar a su cliente Estela Barrios Mendoza. Consideró que debió demostrarse la forma en que Oñoro Retamozo influyó en el funcionario que falló a su favor el juicio laboral y, en lo atinente al grado jurisdiccional de consulta, agregó, ninguna incidencia tiene en la actividad del procesado, pues se trata de una carga asignada al fallador singular. En ese sentido, señaló que debió comparecer la funcionaria correspondiente para que esgrima los motivos por los cuales falló de la manera en que lo hizo.

4.2.- Sentencia de segunda instancia

18.- En fallo del 20 de enero de 2015 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión del A quo, y en su lugar, condenó a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo y Estela Barrios Mendoza, como determinadores del delito de peculado por apropiación.

19.- Sostuvo que se demostró que los procesados interpusieron un proceso con pretensiones que no tenían asidero fáctico ni jurídico, por consiguiente, cuando el funcionario laboral profirió la condena contra Foncolpuertos, en la que, además, reconoció una cuantiosa indemnización moratoria, emitió providencias manifiestamente contrarias a la ley. Por tanto, el desembolso que llevó a cabo la entidad con soporte en esa decisión ilegítima, constituye una verdadera defraudación a los haberes del Estado en cabeza del Fondo Pasivo Social de la empresa Puertos de Colombia.

21.- A continuación, hizo un extenso recuento de la liquidación de Foncolpuertos, así como de las múltiples demandas de los trabajadores de esa entidad que, de forma personal o por

intermedio de abogado, reclamaron prebendas a las que no tenían derecho por la ley laboral, ni por la Convención Colectiva de Trabajo que los regía, ocasionándose un desfaldo del erario público.

22.- Destacó que, en ese escenario, Estela Barrios Mendoza confirió poder a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo para ejecutar labores tendientes a obtener el incremento indebido de su patrimonio, precisamente, en la misma época en que se presentaron innumerables reclamaciones y se promovieron en forma masiva procesos ordinarios laborales. Cometido delictivo que requirió de la participación activa de ex portuarios, particulares, abogados, jueces, inspectores de trabajo y los mismos funcionarios del Fondo Pasivo Social de Puertos de Colombia que utilizaron diversas maneras para sustraer del erario, con visos de legalidad, cuantiosas sumas por concepto de acreencias y sanciones moratorias no adeudadas.

23.- Esas acciones ilícitas, en su criterio, dejaron al descubierto el complejo entramado criminal de quienes por dádivas de dinero y conocedores del caos administrativo que se presentó al interior de la empresa y luego en Foncolpuertos, llegaron hasta los servidores públicos que de una forma u otra disponían de los recursos económicos de la Nación – juez laboral y empleados del Fondo referido- quienes pese a que las demandas carecían de fundamento fáctico y jurídico, accedieron a las reclamaciones ilegales.

24.- Afirmó que en esa red delictiva que se conformó gracias a la desidia administrativa y judicial, se sabía que los ex portuarios y profesionales del derecho encarnaron un papel determinante, necesario para conseguir la emisión de actos contrarios a derecho en pro de su beneficio para lo cual se valieron de poderes otorgados por aquellos a éstos, desde luego, contando con la aprobación de los empleados oficiales a quienes evidentemente, así instigaron, pues aunque tenían la posibilidad de verificar lo solicitado, autorizaron erogaciones improcedentes, conscientes de la sustracción sucesiva y sistemática de los haberes estatales que se están ejecutando.

25.- En ese orden, precisó que, contrario a lo sostenido por la primera instancia, la acción mancomunada de los procesados con los servidores públicos autores del ilícito, alcanzó el objetivo pretendido, toda vez que lograron hacerse a dineros públicos.

26.- Así, estimó que es incuestionable que los implicados hacían parte del acuerdo que en este evento se orquestó para sustraer los recursos del Estado, pues sabían de la corrupción en la que se hallaba sumido el Fondo, no obstante, al igual que otros tantos, optaron por aprovechar la situación a fin de obtener lucro invocando pretensiones que también sabían eran ilegítimas, lo que descarta la honorabilidad en su actuar.

27.- Ese elemento cognitivo, en su criterio, desvirtúa la buena fe de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo pues se trata de una persona con formación profesional en abogacía, con experiencia en el campo del litigio, por ende, versado en las normas legales y convencionales, éstas, en razón a que apoderaba a extrabajadores de la empresa Puertos de Colombia. De ahí que la conducta que desplegó, apreciada en el contexto dentro del cual se desarrolló, lejos de obedecer a una gestión laboral en cumplimiento de un mandato, evidencia un comportamiento previamente planeado, orientado a lograr la sustracción de los dineros del Fondo mediante ese instrumento.

28.- Señaló que la situación descrita prueba que los procesados desplegaron una serie de actos concatenados primero ante la juez Quinta Laboral del Circuito de Barranquilla, luego ante los funcionarios del fondo, para hacerse a dineros públicos, de manera dolosa y constituyeron los medios inductivos para crear la idea criminal de los autores materiales.

29.- Comportamiento secuencial que encuadra en el campo de la determinación del peculado por apropiación. Si bien los procesados no eran servidores públicos encargados de expedir la sentencia, el mandamiento de pago y la resolución administrativa que reconocieron los irregulares derechos prestacionales y no tenían facultad dispositiva directa sobre el erario, su actuar constituyó el inicio de la cadena instigadora, porque dada la

condición de extrabajadora y de profesional del derecho, en el caso de Oñoro Retamozo, acudieron a la vía judicial a reclamar prebendas a las que no le asistía derecho, gestiones a través de las cuales hicieron nacer la idea criminal en los autores materiales [servidores públicos] del injusto.

en representación de aquella por demanda

V. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

5.1.- El recurrente

30.- Fidel Ernesto Oñoro Retamozo fundamentó su censura en dos argumentos: i) su participación en el ilícito de peculado por apropiación fue como interviniente y no como determinador; ii) por lo anterior, debe reducirse el quantum punitivo la acción penal, lo que evidencia que la acción penal prescribió en la etapa de instrucción.

31.- Frente a lo primero, sostuvo que desplegó una actividad esencial, ya que sin su concurso no se habría podido realizar el pago de las acreencias laborales ilegales objeto de discusión. Así, su aporte fue de tal entidad que en cualquier momento del proceso pudo interrumpir el curso, con lo cual no se hubiera defraudado el erario público, pero no lo hizo. Es decir, que su función fue de tal entidad que constituyó un presupuesto para el éxito del plan, al punto que sin su aporte había fracasado, lo cual acredita su calidad de interviniente y no de determinador.

32.- Con respecto a lo segundo, manifestó que el delito de peculado por apropiación para el interviniente oscila entre 54 a 135 meses de prisión, lapso que fue rebasado en la etapa instructiva, como lo reconoció el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá en sentencia del 26 de enero de 2012, la cual fue revocada el 24 de junio de 2013 por la Sala Penal del Tribunal de esta ciudad.

5.2.- No recurrentes

33.- No se pronunciaron.

VI. CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

34.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la impugnación especial presentada por Fidel Ernesto Oñoro Retamozo en contra de la sentencia proferida el 20 de enero de 2015, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018 y las directrices plasmadas en el auto AP1263-2019 del 3 de abril de 2019¹¹.

6.2.- Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

35.- En virtud del principio de limitación, la labor de la Corporación se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se formulan reparos, estudio que, de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

36.- En ese orden, corresponde a la Sala definir si de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario Fidel Ernesto Oñoro Retamozo actuó como interviniente y no determinador del delito de peculado por apropiación, así como la implicación de la posible variación, en la prescripción de la acción penal.

37.- Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala dividirá la presente parte considerativa en los siguientes apartados: i) la estructura típica del delito de peculado por apropiación; ii) la determinación como forma de participación del punible de peculado por apropiación, específicamente, en los casos de Foncolpuertos; iii) el análisis del caso

concreto desde el punto de vista de: la materialidad de la conducta del peculado por apropiación y la responsabilidad del procesado a título de determinador; y, vi) se consignarán las conclusiones.

6.3. La estructura típica del delito de peculado por apropiación

38.- El punible de peculado por apropiación, según el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 (vigente al momento de la ocurrencia de los hechos), señala que:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)".

39.- A su turno, el artículo 397, inciso 2º de la ley 599 de 2000, aplicado por el Ad quem en este caso por favorabilidad¹², sostiene que:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil

(50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

40.- De lo expuesto se infiere que este ilícito está compuesto por: i) sujeto activo cualificado -servidor público; ii) verbo rector «apropiar»; iii) sujeto pasivo también cualificado: el Estado; iv) objeto material real – bienes del Estado o de empresas o instituciones en que esta tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes de particulares y, v) resultado material (CSJ, SP2339-2020; SP-2020, Rad. 54931; SP-2019, Rad. 55033; SP-2012, Rad. 38.289).

6.4. La determinación como forma de participación del punible de peculado por apropiación

42.- El Código Penal contempla las instituciones de autoría y participación en los artículos 29 y 30. Las formas de autoría corresponden a la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría y las formas de participación son la determinación y la complicidad.

43.- La determinación también conocida en la doctrina como instigación¹³ está descrita de la siguiente forma en el artículo 30: “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

44.- A partir del texto legal, esta Sala ha establecido que el determinador “es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente”¹⁴.

45.- Además, ha señalado que los elementos de esta forma de participación criminal son: i) que el determinador genere o refuerce en el determinado la definitiva resolución de cometer el delito; ii) el determinado debe cometer una conducta típica consumada o en grado de tentativa; iii) la existencia de un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho por parte del determinador; y v) el dolo del determinador¹⁵.

46.- El primer elemento hace referencia a la influencia psíquica que ejerce el determinador sobre el autor para conseguir que éste último ejecute el hecho. Los medios de la inducción pueden ser de diversa naturaleza, por ejemplo, regalos, mandatos, órdenes, consejos o promesas remuneratorias. Lo decisivo será entonces que, sin importar los medios, el instigador logre hacer surgir la resolución delictiva en el autor.

47.- El segundo elemento consiste en que el autor material debe cometer una conducta punible consumada o en grado de tentativa, puesto que si la conducta no alcanza al menos la fase de ejecución no puede predicarse la responsabilidad penal del inductor¹⁶.

48.- Frente al tercer elemento, es necesaria la existencia de un doble nexo de causalidad, de un lado entre la acción del inductor y la decisión tomada por el autor, y de otro, entre esta decisión y la conducta efectivamente realizada. De tal forma que se pueda predicar que la conducta punible del autor sea el resultado de la influencia psíquica del determinador¹⁷.

49.- En cuanto al cuarto elemento, esto es, que el inductor carezca del dominio del hecho¹⁸, se hace referencia a que el autor material se encuentre en la posibilidad real de materializar, detener o interrumpir la acción típica. Es decir, el ejecutor es quien finalmente

decide cómo, cuándo y dónde realizará la acción, mientras que, si el instigador hace un aporte esencial a la materialización del plan delictivo, éste no será tratado como partícipe sino como coautor¹⁹.

50.- En lo que respecta a que el determinador debe actuar dolosamente. Su dolo debe estar dirigido, de un lado, a la provocación de la resolución delictiva, y de otro, a la ejecución de la conducta típica por el autor material, incluidos los elementos subjetivos y la realización del resultado típico (doble dolo)²⁰.

51.- La determinación o inducción puede producirse sobre un individuo con quien el determinador no tenga interacción directa o inmediata precedente, e incluso si uno y otro jamás llegan a conocerse. Así lo ha reconocido la Sala:

Para empezar, véase que desde el plano dogmático la determinación supone los siguientes elementos:

(i) un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, (ii) la actuación determinante del inductor, (iii) un comienzo de ejecución del comportamiento, (iv) la carencia del dominio del hecho y (v) un actuar doloso.

La instigación a su vez puede ser directa y en cadena, como ocurre o puede suceder cuando entre el autor y el instigador media la intermediación de otro instigado. En relación con esta última posibilidad, el artículo 30 del Código Penal se refiere a la determinación directa, lo cual no excluye la posibilidad de la instigación en “cadena”, siempre y cuando se reúnan los mismos requisitos indicados anteriormente, situación que en este caso no está en duda.

En efecto, lo central es que exista una conexión concreta entre la conducta del instigador inicial y el autor material. (CSJ SP-2018, Rad. 46263, SP4369-2019, Rad. 55704, reiterado en reiterado en CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957).

52.- Respecto a la determinación en asuntos como el que, ahora, es objeto de estudio, específicamente relacionados con las anomalías que llevaron el desfalco de Puertos de Colombia y Foncolpuertos, esta Sala ha sostenido que aquello fue producto de un entramado administrativo complejo en el cual participaron varios abogados, inspectores del trabajo, empleados administrativos de tales empresas y jueces, a través de lo cual se logró reconocer y conciliar pretensiones a las que no tenían derecho los solicitantes, además de ordenar su pago hasta que el Estado dispuso su cesación (CSJ, AP4168-2021, SP1263-2020, SP3808-2019, AP4549-2018, AP3174-2018, AP127-2018, AP5499-2018, AP2074-2017, AP1656-2016, AP324-2016, AP7147-2015, SP16846-2014, AP2269-2014, AP 9 Oct. 2013 Rad. 39346, AP. 9 dic. 2010 Rad. 31.793, CSJ SP, 2 mar. 2011 Rad. 30.970).

Al respecto ha señalado: «que los profesionales del derecho que actuaron en tal condición responden como determinadores»²¹, pues en tales eventos, «el abogado ejerce el influjo suficiente para hacer nacer en los funcionarios la idea criminal, (de suerte que) es claro que no realiza la conducta punible, por lo que no es interviniente, sino determinador»²².

6.5. El caso concreto: la materialidad de la conducta del peculado por apropiación y la responsabilidad penal de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo a título de determinador

54.- La censura planteada por Fidel Ernesto Oñoro Retamozo se dirige a cuestionar que actuó como interviniente y no como determinador de la conducta de peculado por apropiación, por la cual fue condenado. Por lo tanto, para resolver la impugnación, la Sala iniciará por hacer un recuento de las pruebas de cara a dejar acreditada la materialidad de la conducta referida, lo cual se anticipa no fue objeto de debate por el recurrente y, en segundo lugar, se analizará la responsabilidad penal de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo a título de determinador.

6.5.1. La materialidad de la conducta punible

55.- De acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, se conoce que Estela Barrios Mendoza

laboró en Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, desde el 16 de febrero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1993.

56.- Mediante acto administrativo 049500 del 24 de diciembre de 1993, la empresa le canceló \$6.054.773.29 por concepto de prestaciones sociales.

57.- El 27 del mismo mes y año, a través de acta de conciliación 101-2449, suscrita entre la trabajadora y el representante legal de la entidad en liquidación, se reconoció por su condición de directiva sindical una compensación por \$2.522.863,92. Al día siguiente, Estela Barrios Mendoza aceptó del empleador la suma dineraria de \$5.217.562.65 como indemnización por retiro del cargo, según acuerdo plasmado en acta 2448. Pago que fue ordenado en Resolución 049594, emitida por el gerente William Hernández Carrillo.

58.- Pese a lo anterior, el 23 de diciembre de 1996 Estela Barrios Mendoza pidió a Puertos de Colombia el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, la cual fue negada en acto administrativo 1376 de 26 de septiembre de 1997, al advertir que no tenía derecho.

59.- Estela Barrios Mendoza confirió poder a varios profesionales del derecho para que, en su nombre, instauraran procesos laborales ordinarios y ejecutivos contra el Fondo de Pasivo Social -Foncolpuertos-, con el fin de obtener pensión de jubilación y reajustes sucesivos de conceptos laborales ya satisfechos o prestaciones no consagradas en la ley, ni en la Convención Colectiva del Trabajo.

60.- Entre aquellas demandas está la que interesa a este pronunciamiento, instaurada el 17 de abril de 1995 por el abogado Fidel Ernesto Oñoro Retamozo, en virtud de la cual, el 25 de enero de 1996 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de la misma ciudad, dentro del proceso radicado con el número 7045, condenó a Foncolpuertos a pagar a Estela Barrios Mendoza la reliquidación de: i) la prima de antigüedad correspondiente al segundo trienio, ii) la prima de servicios correspondiente al segundo periodo de los años 1991 y 1992, iii) las vacaciones proporcionales, iv) la prima de vacaciones proporcionales, v) la prima de

antigüedad proporcional, vi) la prima de servicios proporcional, vii) las cesantías y los intereses moratorios a partir del 12 de marzo de 1994 hasta cuando se cancele lo adeudado por la entidad demandada.

61.- El 11 de marzo de la misma anualidad, ese despacho libró mandamiento de pago por \$24.447.770.10, al que se dio cumplimiento mediante Resolución 1768 de 13 de noviembre de 1997, en cuantía de \$28.739.477.69, suma que se desembolsó el 25 de marzo de 1998, a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo como apoderado, según comprobante de egreso 103.478 de la Fiduciaria la Previsora S.A.

62.- El 27 de septiembre de 2001, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del asunto en grado de consulta, revocó la sentencia dictada por el A quo, al considerar que: i) la documentación aportada al proceso son copias que, aunque traían sello de autenticación, no tenían valor probatorio al no reunir las exigencias del numeral 1º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, al no venir autenticadas por el director o jefe de la oficina donde reposa el original. Siendo por ello insuficientes para acreditar el vínculo laboral, los extremos de la relación laboral, los extremos temporales de aquella y las reliquidaciones requeridas; ii) las pretensiones se fundamentaron en normas de estirpe convencional, pero no se aportó copia auténtica con la constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y sin ello la convención no producía ningún efecto; iii) al no haber condena al pago de la reliquidación pensional y prestaciones sociales, no había lugar a la indemnización moratoria²³.

63.- Igualmente, a partir del informe 276626 del 3 de marzo de 2006 y rendido por el C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación se estableció que la liquidación de las prestaciones sociales al retiro definitivo de Estela Barrios Mendoza -y efectuada de forma previa a la interposición del proceso número 7045- estuvo ajustada a derecho, incluso, hubo diferencias en los valores del salario en su favor al incluirse un excedente de \$120.002,0024.

64.- Así, en este evento, además de que no se discute por el recurrente, la materialidad de la conducta del punible de peculado quedó demostrada con certeza, toda vez que, en razón del poder conferido por Estela Barrios Mendoza, el abogado Fidel Ernesto Oñoro Retamozo reclamó en el proceso 7045, el reconocimiento y pago de acreencias laborales ante el juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla -el cual accedió a esas pretensiones-, y, como ya se advirtió, aquello carecía de fundamento legal y convencional. Así, la suma dineraria de \$28.739.477.69 que fue obtenida de funcionarios de Foncolpuertos, en cumplimiento del proceso referido, constituyó una apropiación ilícita que defraudó las arcas del Estado, a través del Fondo Pasivo Social de la empresa de Puertos de Colombia.

65.- Las referidas actuaciones se ejecutaron en la fecha en la cual se orquestó la presentación de varias demandas presentadas por ex trabajadores de la entidad en liquidación, para obtener de los servidores públicos dineros ilegales, con lo cual se ocasionó el desfalco de Puertos de Colombia y Foncolpuertos.

6.5.2.- La responsabilidad penal a título de determinador de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo en la conducta punible

66.- Las pruebas obrantes en la actuación permiten concluir, tal como lo hizo el juez de segunda instancia, que Fidel Ernesto Oñoro Retamozo actuó como determinador en la conducta punible de peculado por apropiación.

67.- En efecto, el procesado mediante su actuación, al interponer las reclamaciones ilegales, indujo al juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla para que emitiera el fallo del 25 de enero de 1996 y reconociera en favor de Estela Barrios Mendoza: i) la prima de antigüedad; ii) la prima de servicios correspondiente al segundo periodo de los años 1991 y 1992; iii) las vacaciones proporcionales; iv) la prima de vacaciones proporcionales; v) la prima de antigüedad proporcional; vi) la prima de servicios proporcional; v) las cesantías y los salarios moratorios a partir del 12 de marzo de 1994 hasta cuando se cancelara lo

adeudado por la entidad demandada. Por lo cual se libró mandamiento de pago y, finalmente, mediante resolución 1768 de 13 de noviembre de 1997 logró el desembolso de \$28.739.477.69, por parte del Fondo Pasivo Social de la empresa de Puertos de Colombia.

68.- Ahora, según lo consignado en sentencia del 27 de septiembre de 2001, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del asunto en grado de consulta, revocó la sentencia referida al considerar que la documentación aportada no tenía ningún valor probatorio, lo cual incluía la convención colectiva, en la que presuntamente, se sustentaban las pretensiones, así como la ausencia de acto administrativo que reconociera las sumas que se pretendían ser reliquidadas, lo cual también impedía la concesión de intereses moratorios²⁵.

69.-Ahora, esta sala en múltiples oportunidades se ha ocupado de estudiar el reparo propuesto por el recurrente, esto es, el yerro en la aplicación inciso 2º del artículo 30 del Código Penal²⁶, en los casos en lo que, particulares, a través de múltiples acciones legales y administrativas, obtuvieron el pago de acreencias laborales o pensionales de forma irregular, en detrimento del patrimonio público.

70.- En ese orden, tal y como quedó dicho en los párrafos 53 y 54 ut supra, la Sala ha reconocido que en el proceso de liquidación de Foncolpuertos, se evidenciaron incontables irregularidades que llevaron al desfaldo del Estado a través de la nombrada entidad, los cuales comportaron un entramado administrativo complejo. Igualmente, que quienes hicieron parte de la realización de la conducta de peculado por apropiación²⁷ especialmente, ex de trabajadores de la empresa portuaria y los apoderados a quienes confirieron poder para interponer las reclamaciones ilegales, que no son servidores públicos responden como determinadores ya que generaron el propósito criminal en los empleados con competencia para reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales a las que no tenían derecho.²⁸

71.- Esa línea de pensamiento fue aplicada en este caso por el tribunal de segundo grado, a partir de lo cual concluyó acertadamente, que Fidel Ernesto Oñoro Retamozo, dentro de la dinámica ilegal que propició el apoderamiento del patrimonio de Foncolpuertos, desplegó el rol de determinador al efectuar una serie de actividades encaminadas a la consecución del injusto, sin contar con la potestad de realizar aportes para su consumación, ni con el dominio material o funcional del hecho.

72.- En efecto, no cabe duda de que Fidel Ernesto Oñoro Retamozo no tuvo la disposición material o jurídica de los bienes estatales apropiados. Sin embargo, en su calidad de determinador, sí realizó todas las labores necesarias para que los funcionarios públicos con esa facultad actuaran conforme a su querer, a fin de que se concretara la defraudación.

73.- Desde esa perspectiva, ningún reproche amerita que se haya condenado a Oñoro Retamozo como determinador del delito de peculado por apropiación sin reunir las calidades del sujeto activo, toda vez que su grado de participación en el delito no se lo exigía.

74.- De ese modo, Fidel Ernesto Oñoro Retamozo en su condición de profesional del derecho y apoderado de Estela Barrios Mendoza, ex trabajadora de Foncolpuertos, indujo al juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla para la comisión del injusto contra el erario público, a través de la formulación de solicitudes de pago de acreencias labores abiertamente improcedentes, generando la idea criminal o mejor aún, la iniciativa delictiva en el autor del ilícito, con lo que logró la apropiación de \$28.739.477.69.

75.- Ahora, según se desprende del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, «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»²⁹. Es decir, que la imputación de responsabilidad en esa calidad requiere que la persona «concurr(a) a la realización del verbo rector, ejecutando la

conducta como suya, es decir como autor»³⁰, por lo cual es necesario que ostente cierto dominio o co-dominio material o funcional sobre la ejecución del ilícito.

76.- No obstante, en este evento, concretamente en lo que respecta a Oñoro Retamozo, no se avizoran, contrario a lo estimado por aquel, actos propios de la coautoría, sino unos típicamente definitorios de la determinación, toda vez que no desplegó acciones de apropiación de los recursos del erario.

77.- Ahora, si bien es cierto, la actuación de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo fue el medio idóneo para la apropiación de dinero del erario público y que, sin ello, la conducta no se habría ejecutado, esto no significa que Oñoro Retamozo haya concurrido a la ejecución material o funcional de la conducta (CSJ, SP4369-2019).

78.- Y es que la materialidad del ilícito de peculado por apropiación hace evidente que el acto de determinación atribuido a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo surtió los efectos pretendidos. Adicionalmente, el derecho de postulación que la ley otorga a los profesionales del derecho no es excusa para reclamar pretensiones abiertamente ilegales, ya que como quedó visto en el párrafo 63 ut supra, la ex trabajadora fue debidamente liquidada, pese a ello, el aquí accionante sin soporte probatorio ni legal incoó pretensiones improcedentes. Y menos aún, para determinar la comisión de delitos. Sobre aquello, la Sala ha sostenido que: «...el abogado, como mandatario no se puede constituir en un operador ciego de las facultades conferidas, debe verificar la información que le suministran sus representados de cara a iniciar una acción judicial pues le está vedado presentar hechos que van en contravía de la realidad para desviar el juicio del funcionario e incidir en la recta aplicación de justicia» (CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41177. En igual sentido, CSJ AP, 16 dic. 1966, rad. 10472, reiterada en CSJ, SP4369-2019).

79.- En esas condiciones y aunque no es objeto de discusión, se advierte que, si el procesado hubiera deseado obrar conforme a derecho y con apego a las normas éticas y

legales que rigen la profesión, bien pudo haberse abstenido de concurrir ante la autoridad judicial para interponer peticiones abiertamente improcedentes con el claro propósito de provocar la apropiación indebida de recursos del Estado.

80.- Así, las pruebas no demuestran que Fidel Ernesto Oñoro Retamozo haya prestado una contribución fundamental al delito por el cual fue condenado y de lo cual pueda demostrarse la calidad de autor, ni que dominara o co-dominara el comportamiento ilícito. El reproche penal versa sobre la inducción al delito mediante su participación en el proceso 7045 ya mencionado, por tanto, nada permite inferir de aquél un grado mayor de intervención en el curso criminal, como para adjudicársele la condición que reclama el recurrente.

81.- Adicionalmente, si bien el Ad quem mencionó el connotado desfalco de Foncolpuertos, no lo hizo para afirmar que Fidel Ernesto Oñoro Retamozo se puso de acuerdo con otras personas para perpetrar el delito con división del trabajo, sino para construir desde esa circunstancia un indicio de responsabilidad y, en particular, del dolo.

82.- En ese orden, ningún yerro se advierte en el fallo de segundo grado, pues el juzgador encuadró los hechos que dieron origen a esta actuación, en las normas aplicables, en concreto, las que consagran la determinación como una forma de participación criminal. Así pues:

i) Fidel Ernesto Oñoro Retamozo hizo nacer la idea criminal en el juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, consistente en la apropiación de dineros del Estado a través del Fondo Pasivo Social de la empresa de Puertos de Colombia;

ii) El determinado cometió la conducta típica toda vez que emitió la sentencia del 12 de marzo de 1994, en la que reconoció acreencias laborales ilegales en cuantía de \$28.739.477.69; suma de dinero que fue cancelada por funcionarios de Foncolpuertos;

iii) Esas actuaciones se efectuaron en el lapso en el que se presentaron varias

irregularidades que llevaron al desfaldo de Puertos de Colombia y Foncolpuertos. En ese complot administrativo complejo en el que participaron varios abogados, inspectores del trabajo, empleados administrativos de tales empresas y jueces, a través de lo cual reconocieron y conciliaron pretensiones a las que no tenían derecho los solicitantes, además de ordenar su pago;

iv) El procesado carecía del dominio del hecho, toda vez que instigó o hizo nacer la idea en el juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla para la apropiación del erario; y,

v) Oñoro Retamozo actuó con dolo, ya que incidió e influyó en la mente del autor material e hizo nacer la idea criminal en él. Esa actuación tuvo éxito pues derivó en la apropiación de dinero de las arcas del Estado.

83.- En ese orden, como no es dable variar la modalidad del grado de participación de Fidel Ernesto Oñoro Retamozo de determinador a interviniente, como este lo sugiere, no es posible sostener que aconteció el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, comoquiera que este último supuesto se sustenta integralmente en el primero, debidamente descartado.

6.6.- Conclusión

84.- Ante este panorama se advierte que el fallo de segundo grado no incurrió en ningún error al condenar a Fidel Ernesto Oñoro Retamozo, como determinador del delito de peculado por apropiación, ya que instigó al juez Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, para que fallara en su favor en el proceso 7045 y dispuso el pago de \$28.739.477.69 que fueron entregados, por funcionarios del Fondo Pasivo Social de la empresa de Puertos de Colombia, con lo cual se defraudaron las arcas del Estado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia impugnada proferida el 20 de enero de 2015, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

Hugo Quintero Bernate

presidente

Myriam Ávila Roldán

Fernando Bolaños Palacios

Gerson Chaverra Castro

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Luis Antonio Hernández Barbosa

Fabio Ospitia Garzón

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Folios 190 a 241 Cuaderno 5.
- 2 Folios 4 a 31 Cuaderno segunda instancia de la Fiscalía.
- 3 Folio 94 Cuaderno 6.
- 4 Folios 99 a 103 lb.
- 5 Folios 1 a 71, 112 y 113, y 181 a 184 Cuaderno 7.
- 6 Folios 46 a 100 Cuaderno de copias del Tribunal.
- 7 Folios 22 a 61 Cuaderno original provisional.
- 8 Folios 73 y 74 lb.

9 Folios 78 a 130 lb.

10 Folios 22 a 61 Cuaderno original provisional.

11 Radicado 54215.

12 Se aplicó la norma posterior en razón a que la pena de multa para la conducta, se fijó en 50 salarios mínimos.

13 Para la doctrina especializada la inducción es “la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva pero no toma parte en el dominio del hecho mismo.” Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, pág. 739.

14 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4813-2021 del 27 de octubre de 2021, Rad. 55836, reiterado en CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957.

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de octubre de 2000. Radicación 15610, sentencia SP19802-2017 del 23 de noviembre de 2017. Radicación 46166 y sentencia SP4813-2021 del 27 de octubre de 2021. Radicación 55836. Reiterado en reiterado en CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957.

16 CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957.

17 CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957.

18 La teoría del dominio del hecho fue formulada por Welzel y Lobe y promovida fundamentalmente por Roxin, con quien alcanzó una posición destacada en

la doctrina jurídico penal. Esta teoría permite diferenciar la autoría de la participación. Para sus representantes la autoría se fundamenta en la realización de la acción. Es así, que el autor no es sólo quien tiene voluntad directora del acontecimiento, sino que conforme al significado de su aportación objetiva gobierna el curso del hecho. Este concepto del dominio del hecho no es fijo o absoluto, pues tiene que ser determinado a partir de un grupo de casos. Finalmente, se reconocen varias formas de dominio del hecho (dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional). Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, págs. 701 y 702. Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2016.

19 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4813-2021 del 27 de octubre de 2021. Radicación 55836, reiterado en reiterado en CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957.

20 Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, pág. 740. Adicionalmente, esta postura teórica fue acogida por esta Corporación en la sentencia SP4813-2021 del 27 de octubre de 2021. Radicación 55836 cuando afirmó: “También ha sido reconocido por la doctrina un segundo dolo en el determinador, este dirigido a la comisión del delito que ha incitado. Es decir, a que el ilícito se materialice en el marco tangencial representado y comunicado por el inductor. (...)Postura compartida por esta Colegiatura, en particular, tras admitir la imputación del resultado lesivo por dolo eventual al determinador, cuando el inducido modifica o altera el plan instigado por aquél para ejecutar una conducta diferente o más gravosa que la inducida”. Reiterado en reiterado en CSJ, SP1167-2022, 6 abr. 2022, Rad. 57957.

21 CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 42312. Así mismo, y entre otras, CSJ AP, 9 oct. 2013,

rad. 39346; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41177; CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 37074.

22 CSJ AP, 17 ene. 2018, rad. 51046. Así mismo, CSJ SP, 5 abr. 2017, rad. 47974.

23 Folios 77 a 85 del cuaderno de copias 5 de la fiscalía.

24 Folios 267 a 280, ejusdem

25 Folios 77 a 85 del cuaderno de copias 5 de la fiscalía.

26 “Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

27 Descrita en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 o 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por canon 19 de la Ley 190 de 1995.

29 CSJ AP, 25 jul. 2018, rad. 52553. En igual sentido, y entre muchas otras, CSJ SP, 10 oct. 2018, rad. 52269.

30 CSJ SP, 8 jul. 2003, rad. 20704. Reiterada en CSJ SP, 11 dic. 2013, rad. 42312.

Calle 12 No. 7 - 65 Palacio de Justicia - Bogotá, Colombia.

PBX: (571) 562 20 00 Exts.1126 -1142 - 1143 - 1144 - 1145 Fax: 1125 - 1428

www.cortesuprema.gov.co