



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

SP1079-2018

Radicado 50674

Acta 115

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

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de Sherman Javier Perea Medrano y Eladio Enrique Martínez de la Hoz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esta capital el 7 de marzo de 2017, confirmatoria en lo esencial del fallo proferido por el Juzgado 16 Penal del Circuito, mediante el cual fueron condenados como coautor e interviniente, respectivamente, del delito de Peculado por apropiación agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El episodio fáctico de este proceso es adecuadamente sintetizado en la sentencia impugnada, así:

“El 3 de abril de 1998 en la Inspección Octava del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Esperanza Escorcia Cervantes en representación de dos ex trabajadores de la empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo de Barranquilla y Luz Dary Velasco Córdoba, abogada de Foncolpuertos, suscribieron el acta de conciliación No. 32, en la cual se concertó el desembolso de seiscientos diez millones trescientos mil pesos (\$610.300.000.00) resultando de la liquidación de intereses y salarios moratorios que realizó el funcionario Sherman Javier Perea Medrano con ocasión de la condena impuesta a la entidad el 6 de marzo de 1996 por el Juzgado Cuarto Laboral de la capital del Atlántico dentro del trámite ordinario No.12.962.

De la misma manera, en consideración al fallo de 24 de enero del citado año -1996-, emitido dentro del proceso No.13.258 a favor de los ex portuarios Santander del Castillo Baena y Elías Adeniche Pardo, Escorcia Cervantes, por sustitución de Martínez de la Hoz, acordó su cumplimiento con Juan Bernardo León Galindo, delegado del Fondo, a través de pacto No.55 de 23 de abril de 1998 en cuantía de quinientos treinta y ocho millones novecientos mil pesos (\$538.900.000.00).

Convenios, cuyo cumplimiento autorizó Salvador Atuesta Blanco en su calidad de director general de la entidad con resoluciones 0410 y 0411 de 6 de abril (acta 32) y 1495 de 8 de mayo de 1998 (acta 55) y que se hicieron efectivas a través de Títulos de Tesorería TES clase B del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con grave detrimento de las arcas estatales ante la inexistencia de las mencionadas causas laborales y la falsedad de las providencias que sirvieron de sustento para el reconocimiento de las erogaciones enunciadas”.

Adelantada diligencia de allanamiento y registro de la vivienda propiedad de Esperanza Escorcia Cervantes (fl.22 c.o.1), inspecciones judiciales ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla (fls. 32, 71, 154 y 187

c.o.1) y ante Foncolpuertos (fl. 143 c.o.1) y acopiada a la actuación abundante prueba de diversa índole, esencialmente pericial, documental y testimonial, fueron vinculados mediante indagatoria, entre otros Sherman Javier Perea Medrano (fl.262 c.o.2) y Eladio Enrique Martínez de la Hoz (fl. 158 c.o. 4), en relación con los cuales la Fiscalía 15 Delegada calificó el mérito de lo actuado en decisión ratificada por la segunda instancia, profiriéndose entonces en su oportunidad las sentencias de primera y segunda instancia, que siendo objeto del recurso de casación, la Corte hubo de pronunciarse el 29 de julio de 2009, declarando la nulidad de lo actuado a partir del proveído calificadorio de primer grado.

El 3 de mayo de 2010 la Fiscalía Tercera Delegada de la Unidad Nacional de delitos contra la administración pública, estructura de apoyo para Foncolpuertos, acusó a Martínez de la Hoz y Perea Medrano, como determinador y coautor, respectivamente, del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en decisión ratificada por la segunda instancia el 15 de marzo de 2011.

Tramitada la fase del juicio se emitieron las sentencias de primera y segunda instancias, en virtud de las cuales Sherman Javier Perea Medrano y Eladio Enrique Martínez de la Hoz fueron condenados a la pena principal de 80 y 60 meses de prisión y multa en el equivalente a 2.994 s.m.l.m. y 2644 s.m.l.m., como coautor e interviniente, respectivamente, del delito de peculado por apropiación agravado.

DEMANDAS

Demanda a nombre de Eladio Enrique Martínez de la Hoz

Tres son las censuras que la apoderada de Martínez de la Hoz ha aducido contra la sentencia que hace objeto de la impugnación extraordinaria.

Primer cargo

Este reparo, que se invoca como principal, se funda en la causal tercera del art. 207 del C. de P.P., bajo el supuesto de haberse condenado al procesado dentro de una actuación viciada por nulidad derivada de quebranto al debido proceso.

Observa la censora que desde la fecha de comisión de la conducta punible hasta la de presentación del “recurso de alzada” habrían transcurrido 17 años, 9 meses y 15 días y dado que el delito imputado a Martínez de la Hoz es el de peculado por apropiación agravado en calidad de interviniente, la pena máxima sería de 16 años, 10 meses y 15 días, razón por la cual la acción penal estaría prescrita.

“El artículo 83 del C.P. (agrega), señala como término prescriptivo en la etapa sumarial la mitad de la pena establecida en el tipo penal, es decir, que en el caso que nos ocupa desde el momento en que se realizaron los hechos aquí juzgados, es decir desde el 8 de mayo de 1998 hasta el 15 de marzo de 2011, fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación, han transcurrido 12 años, 10 meses y 7 días y los límites punitivos fijados por la Corte Suprema de Justicia, es decir, el término prescriptivo de la pena máxima durante este proceso son (sic) de 16 años, 10

meses y 15 días. Y en la actualidad, hasta la presentación de este recurso de apelación (sic), han transcurrido 17 años, 09 meses, 15 días, tiempo que supera el término prescriptivo establecido legalmente”.

En la sentencia impugnada el Tribunal tomó como pena de referencia 22 años y 5 meses para el delito de peculado por apropiación agravado en calidad de determinador, pese a que la Corte Suprema señaló que la correcta imputación para Martínez de la Hoz era como interviniente.

Así las cosas, dado que han transcurrido más de 17 años desde la ocurrencia de los hechos materia de este fallo, el término prescriptivo habría sido superado, razón por la cual solicita se case el fallo impugnado.

Segundo cargo

Como subsidiario, este reparo se sustenta en la causal segunda del art. 207, esto es, no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la acusación.

Eladio Enrique Martínez de la Hoz fue condenado como interviniente en el delito de peculado por apropiación agravado, no obstante que la Fiscalía lo acusó como determinador de dicha delincuencia, con lo cual se creó una incertidumbre al no estar concretamente definida la conducta por la cual debía asumirse el ejercicio de la defensa. Siendo de este modo incongruente el fallo con los cargos, para la libelista el imputado debe ser absuelto.

Califica el «*yerro*» acusado de trascendental, como quiera que se sorprendió al procesado con una variación que afectó el derecho de defensa «*imposibilitando con esta irregularidad que se pudiera modificar la estructura jurídica en que estaba basada la defensa, dejando inciertos los criterios jurídicos en que ésta se fundaba*», con violación del art. 398 del C. de P.P., que exige que la imputación sea fáctica y jurídica.

Tercer cargo

Invocado también subsidiariamente, aduce la defensora de Martínez de la Hoz violación indirecta de la ley sustancial, derivada de falso juicio de existencia por suposición de una prueba.

Alude al hecho de haberse tomado en cuenta por la sentencia el dictamen grafológico rendido el 26 de diciembre de 2001 por los peritos Luis Antonio Castro y Pedro Moreno, pues en criterio de la censora, esta prueba fue anulada por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 29 de julio de 2009, cuando anuló lo actuado a partir de la resolución acusatoria, con lo cual dió por probado que Martínez de la Hoz fue quien firmó el poder de sustitución a favor de Esperanza Escorcía, pese a que la prueba que seguía teniendo validez fue la acopiada durante la instrucción y de acuerdo con la que no se lograba establecer que su representado fue quien firmó el referido poder.

Por ende, si se hubieran valorado las pruebas válidamente obrantes en el expediente, tendría que concluirse que no fue posible demostrar que Martínez de la Hoz haya firmado el poder de sustitución en la abogada Escorcia para realizar las conciliaciones y cobrar los dineros producto de procesos inexistentes.

De este modo reitera que *«Si el juzgador de segunda instancia hubiese tomado en consideración la prueba grafológica realizada por la fiscalía en la etapa instructiva y analizado a fondo que la grafología realizada en el juicio había sido anulada»*, no habría caído en la falsa conclusión de hallar responsable penalmente a Martínez de la Hoz, motivo suficiente para solicitar se case la sentencia y absuelva al procesado.

Demanda a nombre de Sherman Javier Perea Medrano

Dos son los cargos que postula el libelista a nombre de Perea Medrano.

Primer cargo

Se imputa a la sentencia violación directa de la ley sustancial, en el sentido de *«aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que consagra expresamente el tipo penal de peculado por apropiación, derivada de falta de aplicación de los principios de legalidad (art.6 C.P.) y conducta punible (art.9 C.P.)»*.

De acuerdo con la descripción típica de dicho delito y los elementos que lo caracterizan cuya consolidación en la jurisprudencia cita, en este caso no existió tal punible, toda vez que Perea Medrano «*no tenía disponibilidad jurídica ni material sobre los bienes estatales*». En efecto, para el libelista, es imperioso que al servidor público se hayan confiado bienes del Estado para su administración, tenencia o custodia, con ocasión de sus funciones, pero en este caso, conforme lo explicó en su indagatoria y luego en la audiencia pública, Perea Medrano se desempeñaba como técnico administrativo en el área jurídica de Foncolpuertos y su función se limitaba a transcribir los mandamientos de pago emitidos por los juzgados y remitir ese documento a la oficina de control de pagos, es decir, que no desempeñaba una función de análisis jurídico o económico sobre dichas órdenes y por ende no tenía disponibilidad sobre los recursos, pues no intervenía en desarrollo de los procesos ni pactaba los acuerdos conciliatorios, ni suscribía las resoluciones de pago.

Si bien quedó demostrado que existió todo un andamiaje delictivo encaminado a esquilmar recursos de Foncolpuertos, en el que intervinieron abogados inescrupulosos, inspectores de trabajo, jueces y funcionarios corruptos, Perea Medrano fue completamente ajeno a tales actividades, toda vez que no estaba a su cargo la administración, custodia o tenencia de recursos públicos.

No se podía exigir a Perea Medrano, como lo hace la sentencia, la verificación sobre si los documentos presentados eran falsos, porque ya habían sido aceptados en el proceso conciliatorio dentro del cual no participó. Tampoco tenía indicio alguno que lo llevara a sospechar sobre su autenticidad y este hecho sólo pudo constatarse con la presencia de peritos grafólogos dentro de este proceso. La confrontación de las órdenes de pago con las hojas de vida de los beneficiarios tampoco correspondía a Perea Medrano, sino a la representante Luz Dary Velasco, quien suscribió el acta de conciliación No.32 y al Director del Fondo Salvador Atuesta, quien expidió las Resoluciones No.410 y 411, en que se ordenaron los pagos de \$289'600.000 y \$320'700.000.

Tampoco el procesado obtuvo provecho alguno de los hechos que se le atribuyen, conforme quedó acreditado dentro de la actuación, de acuerdo con las respuestas de distintas entidades que registran bienes y certificaciones bancarias.

Así, enfatiza entonces que en este caso no se aplicaron los principios de legalidad y conducta punible, pues se impuso *«una responsabilidad penal a una persona cuya conducta no está previamente definida por la ley como delito»* y carece de los presupuestos objetivos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Desaprueba por ello la decisión a quo en tanto sostuvo que en su calidad de liquidador de Foncolpuertos Perea Medrano hiciera parte de una empresa criminal orientada a esquilmar el erario, como

también al Tribunal cuando asumió que estaba entre sus funciones salvaguardar el patrimonio estatal, pues insiste en que aquél no tenía ninguna disponibilidad, material ni jurídica sobre los dineros de Foncolpuertos destinados al cumplimiento de sentencias y mandamientos de pago y no podía por ende apropiarse de los mismos, pues tal disponibilidad estaba en cabeza de otras personas.

Tampoco concurre antijuridicidad, ya que si bien hubo detrimento patrimonial del Estado, esto se originó en documentos espurios con los que se engañó a la administración y al propio liquidador. Finalmente tampoco hubo culpabilidad, toda vez que Perea Medrano hizo cuanto le correspondía como liquidador y no podía oponerse a las resoluciones de pago.

Solicita, por tanto, se case la sentencia y absuelva de los cargos al procesado.

Segundo cargo

Este reproche postula violación indirecta de la ley sustancial bajo el supuesto de error de hecho por falso raciocinio. En criterio del censor, el análisis realizado por los juzgadores acerca del mérito de las pruebas contradice las reglas de la sana crítica y de la experiencia, máxime cuando no obra en el proceso prueba conducente a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

En particular, dice el demandante dirigirse en contra de la prueba indiciaria, en la cual son evidentes las falencias en la valoración conjunta de la misma y al apreciar su articulación, convergencia y concordancia y su relación con las demás allegadas al expediente.

Así, referido a la agenda propiedad de Esperanza Escorcía en que aparece mencionado varias veces el nombre de Sherman Perea Medrano, para el recurrente la operación lógica de los sentenciadores de acuerdo con la cual en dicha libreta constaba el nombre de funcionarios y personas investigadas y condenadas por el desfalco a Foncolpuertos, de modo que si estaba también el de aquél es que hacía parte de la empresa criminal, se trata de una generalización apresurada, pues el hecho de que en efecto obraran personas condenadas por hechos similares no conduce a que Perea Medrano participara de dicha delincuencia.

Sin embargo, es posible inferir que la abogada Escorcía conociera a todos los funcionarios ante quienes debía adelantar su reclamación y en esa medida dejar constancia del nombre de Sherman, quien se desempeñaba en el cargo desde hacía un año antes de la fecha de los hechos, lo cual explica que en dicha agenda estuviera su nombre, con lo cual se hace evidente el error de hecho acusado.

Lo propio sucede con la afirmada existencia de desorden administrativo y actos de corrupción que se

sostiene eran conocidos, ya que en su criterio no está probado tal hecho como notorio y se trata de uno de tal índole pero retroactivo, pues las primeras capturas en el denominado “escándalo” de Foncolpuertos, se produjeron a finales de 1998, de modo que no podía dárseles dicha denominación y aun cuando los casos de corrupción ya se conocieran, no resultaba posible que los funcionarios cesaran en sus actividades.

Además, para el libelista reviste mayor importancia la afirmación según la cual los actos de corrupción y desorden administrativo fueron aprovechados por Perea para embarcarse en la empresa criminal, lo que involucra una falla lógica, pues si bien existía una situación de desgüeño administrativo en la entidad durante el año de ocurrencia de los hechos, esto no constituía un hecho notorio, ni está probado que así lo registraran los medios de comunicación, ante lo cual el falso raciocinio recae sobre el hecho indicador, ya que no se estableció la notoriedad del mismo, involucrando a Perea en la empresa criminal sin que esa participación esté acreditada.

Bajo estas premisas, solicita se case el fallo y absuelva al procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Demanda a favor de Eladio Enrique Martínez de la Hoz.

Primer cargo

Como quiera que esta censura se funda en el hecho de haberse proferido la sentencia de segunda instancia cuando la acción penal estaba prescrita, para la Procuradora Segunda Delegada en Casación Penal dado que el delito imputado a Martínez de la Hoz es el de peculado por apropiación agravado con una sanción de 22 años y 6 meses, el término prescriptivo de la acción penal sería durante la investigación de 20 años y en el juicio la mitad de dicho lapso, acorde con los arts. 80 y s.s. del C.P.

En consecuencia, si los hechos datan del 8 de mayo de 1998 y la acusación quedó en firme el 15 de mayo de 2011, el tiempo transcurrido entre esas dos fechas habría sido de apenas 13 años y en el juicio el término de prescripción acaecería hasta el año 2021.

No obstante, asegura la Procuradora que asumiendo en gracia a discusión que Martínez debiera haber sido acusado como “interviniente” de peculado por apropiación, observa que en dicho supuesto el tiempo de prescripción durante la investigación sería de 16 años, 10 meses y 15 días, que tampoco se cumplió y durante el juicio de la mitad de dicho guarismo, es decir que se concretaría en el año 2019, razón suficiente para considerar que esta censura no procede.

Segundo Cargo

Afirmó el actor en esta tacha falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, bajo el entendido que a Martínez se le imputó el delito de peculado por apropiación como determinador, pero se le condenó como interviniente.

A este respecto, señala la Delegada que a Martínez de la Hoz se le acusó como determinador del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía y si bien fue condenado como interviniente, este cambio en la forma de participación no implicó en manera alguna una variación en la calificación jurídica del delito que se le había imputado y en su lugar una rebaja en la sanción finalmente impuesta, de donde carece de fundamento sostener que se haya presentado vulneración de derecho fundamental alguno, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Tercer cargo

Afirmó el actor violación indirecta por error de hecho derivado de falso juicio de existencia por suposición de una prueba.

Previa cita jurisprudencial relacionada con la especie del error acusado, sostiene la Procuradora que al radicar la inconformidad del actor en que el Tribunal tomó en cuenta la prueba grafológica ordenada el 26 de diciembre de 2001 y practicada en 2004, no obstante que la Corte Suprema al conocer de este asunto en pretérita oportunidad declaró la

nulidad de lo actuado incluyendo dicho elemento de convicción, desconoce que el pronunciamiento de esta Sala invalidó lo actuado a partir de la resolución acusatoria con el fin de que se calificara correctamente el sumario, pero no dispuso la exclusión de prueba alguna, razón por la cual carece de vocación de prosperidad esta censura.

Demanda a favor de Sherman Javier Perea
Medrano

Primer cargo

Este reproche afirma violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del art.397 del C.P. y falta de aplicación de los arts. 6° y 9° id. que describen los principios de legalidad y conducta punible, pues en criterio del impugnante Perea Medrano no tenía disponibilidad material ni jurídica sobre los bienes del Fondo. Encuentra el Ministerio Público que en este caso como frente a otros de los que se ha ocupado la Corte, es entendido que la intervención de varias personas en la ejecución del delito obedeciendo a un plan general permite considerar como coautor a quien en desarrollo de un acuerdo común participa en el mismo, lo que es predicable en el caso de Perea Medrano, que se desempeñaba como liquidador de Foncolpuertos y a quien correspondió liquidar las prestaciones contenidas en los mandamientos ejecutivos provenientes de órdenes de pago de juzgados, debiendo verificar la autenticidad de los documentos allí radicados.

Además, la sentencia dio por probado que Perea Medrano formaba parte del grupo de abogados y funcionarios de juzgados que se propusieron defraudar a Foncolpuertos, consistiendo su aporte en impulsar los pagos, siendo por demás que para *«que se estructure la responsabilidad en la comisión del delito de peculado para (sic) apropiación basta que se agote el elemento normativo previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 o del 133 del Decreto ley 100 de 1980, sin importar que tenga o no disposición de los recursos o bienes del Estado, basta actuar con el fin de contribuir con el fraude al patrimonio, como en efecto se dio.»*

Segundo cargo

Este cargo afirma haberse violado indirectamente la ley sustancial debido a errores de hecho por falso raciocinio.

Fijando el sentido y alcance de esta modalidad del error acusado a través de doctrina sobre el mismo, recuerda que la responsabilidad atribuida a Perea Medrano consistió en que debió verificar la autenticidad de la obligación contenida en la sentencia y no limitarse a llenar unos formatos cuando podía constatar si los ex trabajadores reclamantes tenían o no derecho a sus exigencias laborales y sin verificar el trámite dado a la conciliación No.032.

Que el juzgador aludiera al desgüeño existente en la entidad durante los años 1995, 1996 y siguientes, con base

en informes periodísticos, no desdice que el procesado *«elaboró la liquidación, tramitó para su cobro y efectivamente se realizó, cuando debió haber vigilado las hojas de vida, verificar los derechos que le asistían»*, igualmente que aparece en la agenda de la también condenada Esperanza Escorcia y en la lista de distribución de pagos que se haría al grupo de personas que cohonestaron el desfalco.

Este cargo tampoco prospera.

CONSIDERACIONES

Demanda a nombre de Eladio Enrique Martínez de la Hoz

Primer cargo

1. Bajo los supuestos de la causal tercera de casación y con el concreto argumento de haberse condenado al procesado dentro de una actuación viciada de nulidad con quebranto del debido proceso por estar prescrita la acción penal, postula el actor esta censura en contra del fallo impugnado.

2. La prescripción es una causa extintiva de la acción y de la sanción penal que delimita no solamente el momento hasta el cual puede el Estado a través del órgano jurisdiccional ejercer la persecución penal, sino hasta cuándo resulta factible la ejecución de la pena impuesta.

Frente al primer supuesto, la ley ha señalado de manera detallada y clara (art.83 y ss Ley 599 de 2000), cómo debe contabilizarse el término prescriptivo de la acción penal, indicando con dicho cometido que en principio este fenómeno tiene ocurrencia en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso podrá ser inferior a 5 años ni exceder de 20, con excepción de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de un miembro de organización sindical y desplazamiento forzado, que será de 30 años.

A su vez, dicho término se suspende con la resolución acusatoria o su equivalente, debidamente ejecutoriada (en los asuntos como el presente regidos por la Ley 600 de 2000), o con la formulación de la imputación (en aquellos procesos regulados por la Ley 906 de 2004), caso en el cual tal lapso comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del previsto por el art. 83 en mención, sin que pueda ser inferior a 5 años o superior a 10.

3. Estas básicas nociones que corresponden al carácter perentorio y preceptivo que tienen por estar contempladas en la ley, permiten observar en criterio coincidente con el expresado por el Ministerio Público ante esa sede, que en el presente caso la acción penal, evidentemente, no estaría prescrita.

En efecto, los hechos imputados a Martínez de la Hoz están relacionados, según quedó visto, con la Resolución

1495 de 8 de mayo de 1998 a través de la cual se ordenó el pago del Acta de Conciliación 055 de 23 de abril del mismo año, por \$538'900.000. Dicha Resolución, como las Resoluciones 410 y 411 del 6 de abril del mismo año fueron proyectadas y liquidadas por Perea Medrano, liquidador del área jurídica del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia.

El 5 de abril de 2002 fue proferida resolución acusatoria, decisión confirmada por la segunda instancia el 11 de agosto de 2003, emitiéndose luego las sentencias de primera y segunda instancia.

A través de proveído calendado el 29 de julio de 2009, al resolver la Corte el recurso de casación incoado por la Fiscalía, decidió casar la sentencia y declarar la nulidad de lo actuado, precisamente, a partir de la primigenia decisión acusatoria, con la finalidad de que fuera objeto de corrección la calificación jurídica del sumario, bajo el entendido que las concretas imputaciones que les fueran hechas suponían inequívocos actos de apropiación de los recursos de Foncolpuertos.

En cumplimiento de la sentencia de casación, el 3 de mayo de 2010 se calificó nuevamente el mérito de la investigación, profiriéndose resolución acusatoria en contra de los procesados Eladio Enrique Martínez de la Hoz y Sherman Perea Medrano, como determinador y coautor, respectivamente, del delito de “peculado por apropiación

agravado por la cuantía a favor de terceros”, decisión ratificada por la segunda instancia el 15 de marzo de 2011.

Finalmente, Martínez de la Hoz y Perea Medrano fueron condenados por el referido delito, como interviniente y coautor, por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá el 18 de diciembre de 2015, en decisión confirmada por el Tribunal el 7 de marzo de 2017.

4. Pues bien, un primer momento en orden a establecer la vigencia de la acción penal durante la fase de instrucción impone considerar para el delito de peculado por apropiación agravado, previsto por el art. 133 del C.P. (Modificado por el art. 19 de la Ley 190 de 1995) aplicable en este caso, la sanción máxima de 15 años, incrementada en razón de la cuantía en la mitad, para una pena de 22 años y 6 meses, guarismo que en el caso del interviniente (grado atenuado de participación finalmente deducido en la sentencia) acorde con el art. 30 del C.P. disminuido en $\frac{1}{4}$ parte correspondería a 16 años, 10 meses y 15 días, como término prescriptivo durante la investigación y a la mitad de esta cifra durante el juzgamiento.

Tomando por tanto como referente la fecha de realización de la conducta punible el 8 de mayo de 1998 y aquella en que cobró firmeza la resolución acusatoria (15 de marzo de 2011), el lapso transcurrido sería de 12 años, 10 meses y 7 días, notablemente inferior al término de 16 años, 10 meses y 15 días fijados como máximo prescriptivo de la acción penal en tal fase de instrucción.

De otra parte sí, como quedó establecido, el tiempo prescriptivo de la acción penal durante el juicio sería de la mitad del señalado, esto es de 8 años, 5 meses y 7 días, en este estadio de la actuación el término prescriptivo sólo se concretaría hasta el mes de agosto de 2019.

Así las cosas, evidentemente, la acción penal no estaría prescrita. En tal sentido resulta notable la confusión de la demandante en la presentación de los argumentos con miras a identificar los períodos dentro de los cuales elabora el cálculo respectivo en que subyace el pedido de prescripción de la acción penal, pues toma como referente la fecha de comisión de la conducta punible imputada pero contabilizada sin solución de continuidad hasta el presente, pese a que, según queda visto, la resolución acusatoria determina el imperativo de su interrupción y entonces de un nuevo conteo en procura de establecer dicho momento, conforme se ha señalado, razón suficiente para rechazar esta censura.

Segundo cargo

1. Este reproche dice sustentarse en falta de congruencia entre el fallo impugnado y la resolución acusatoria, a partir de considerar que a Martínez de la Hoz se le acusó como determinador del delito de peculado por apropiación agravado, pero se le condenó por esta delincuencia como interviniente, lo que afirma quebranta el debido proceso y el derecho de defensa.

2. El correlato que supone identidad entre los cargos que se hacen a una persona en la acusación, entendida como el marco conceptual, fáctico y jurídico de las imputaciones y aquellos por los cuales resulta condenada en la sentencia que declara su responsabilidad, se afianza sobre la base de ser un principio de rango constitucional bajo cuyo enunciado se garantiza al procesado que no podrá ser sorprendido con circunstancias que no ha podido conocer o controvertir, razón por la cual la acusación es no solamente presupuesto, sino límite de la sentencia.

3. El quebranto de la relación de causa a efecto que debe existir entre la acusación y la sentencia puede presentarse en aquellas hipótesis en que el procesado es condenado por hechos o por delitos distintos a aquellos que configuran el marco del pliego acusatorio, o cuando se deducen circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad que no le fueron atribuidas, o se suprimen circunstancias de menor punibilidad reconocidas en la acusación.

4. No obstante, esta identidad que supone la concordancia entre la sentencia y los cargos formulados, no tiene carácter absoluto, pues si bien se concreta respecto del eje fáctico-jurídico de la acusación, para afirmar válidamente su vulneración tal disonancia debe implicar el resquebrajamiento de las bases estructurales del proceso y comportar una consecuencia en detrimento del procesado, esto es, que por razón de la misma se haga más gravosa su situación. Si no se deriva un agravio para el acusado dentro

de los límites de dicha esencial correspondencia a pesar de variantes que se puedan introducir, no es dable afirmar la existencia de ruptura en la consonancia, como sucede a título de ejemplo cuando respetando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el núcleo básico de la imputación inferido de las normas que enmarcan los hechos, se condena como cómplice a quien se ha acusado como autor, o se condena como autor a quien se ha acusado como determinador, o se condena como interviniente a quien se ha acusado como autor o determinador.

Estas diferencias en el criterio conceptual dogmático relacionadas con el grado de participación que no introducen una modificación esencial o relevante a la imputación, tampoco obran en detrimento de la situación del procesado y por ende no pueden entenderse constitutivas de incongruencia en forma tal que legitimen su alegato en casación bajo los supuestos de la causal segunda del art. 207 de la Ley 600 de 2000, en los términos en que lo ha aducido en este caso la demandante.

5. En efecto, según se expuso, una vez adelantada la actuación hasta el proferimiento de las sentencias de primera y segunda instancia, a través de fallo de casación del 29 de julio de 2009, la Corte hubo de declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive, de la resolución acusatoria de primera instancia fechada el 5 de abril de 2002.

Calificado de nuevo el mérito de las pruebas, el 3 de mayo de 2010 se acusó a los procesados Martínez de la Hoz y Perea Medrano, como determinador y coautor del delito de peculado por apropiación agravado, en decisión ratificada por la segunda instancia el 15 de marzo de 2011. El 18 de diciembre de 2015, el Juzgado 16 Penal del Circuito condenó a Martínez de la Hoz y Perea Medrano como interviniente y coautor, respectivamente, del referido delito, en determinación sobre este particular refrendada por el Tribunal, que es la recurrida actualmente en casación.

De este modo, no existe en estricto sentido incongruencia para los efectos de la viabilidad de su ataque en casación, como quiera que no se modificó la identidad de los hechos atribuidos siendo éstos claramente individualizados en la acusación y así considerados en la sentencia, con señalamiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los caracteriza, correspondiendo además a la misma adecuación típica que originalmente se estableció como ámbito de la imputación jurídica, de donde el hecho de ser finalmente condenado Martínez de la Hoz como interviniente y no como determinador del delito de peculado, así como no rompió la congruencia fáctica y jurídica, estructura condicionante de juzgamiento, tampoco implicó una variación peyorativa que desde otra perspectiva legitimara su alegación ante esta sede.

En estas condiciones, esta censura no prospera.

Tercer cargo

1. Adujo la demandante en este caso violación indirecta de la ley sustancial derivada de falso juicio de existencia por suposición probatoria. En concreto señaló que no podía la sentencia basarse en el dictamen pericial del 26 de diciembre de 2001, toda vez que, según su criterio, con la decisión de la Corte del 29 de julio de 2009, dicha prueba fue anulada, de modo que no se conoce si Martínez de la Hoz fue quien otorgó poder a Esperanza Escorcía para el adelantamiento de las espurias reclamaciones que sirvieron finalmente para el fraudulento pago de millonarias sumas de dinero por parte de Foncolpuertos.

2. Lo primero que se impone precisar es que en el referido fallo en el cual la Corte casó la sentencia inicialmente adoptada en este trámite, exclusivamente lo hizo a partir de la resolución acusatoria de primera instancia del 5 de abril de 2002, sin ocuparse en manera alguna dado el ámbito de tal pronunciamiento, de las pruebas practicadas en desarrollo de la instrucción. Es decir, que la invalidación de lo actuado única y exclusivamente, como en forma expresa se indicó, comprendió el acto de calificación de primera instancia y las decisiones derivadas del mismo, pero no los elementos de convicción aportados.

3. Siendo ello así, el reproche de la libelista por falso juicio de existencia por suposición, bajo el entendido que

“La prueba realizada en la etapa instructiva que se anuló, consistió (sic) en el dictamen rendido el día 26 de diciembre de 2001, con el No.115 radicado 40918 del estudio grafológico, rendido por los peritos Luis Antonio Castro Murcia y el técnico Pedro Moreno S” y sin embargo fue valorada por el sentenciador, es infundada, toda vez que ningún elemento de convicción fue “anulado” por la Corte, por ende la totalidad de ellos permanecieron vigentes dentro del expediente, pues se insiste, la nulidad con exclusividad se ocupó de la resolución acusatoria, es decir, de una decisión judicial y no de actividades probatorias.

4. Con nitidez, este fue el sentido de la respuesta que en la sentencia impugnada dio el Tribunal a alegato similar expuesto en sustentación del recurso de apelación, al precisar:

“En el sub examine, se aprecia que la Fiscalía Quince Delegada ante la Unidad de Delitos contra la Administración Pública mediante resolución de 18 de julio de 2000 (fl.178 cuaderno de instrucción No.4) ordenó la toma de muestras manuscriturales al prenombrado con miras a la realización de cotejo caligráfico entre su firma y la consignada en el poder por cuyo medio sustituyó facultades a Esperanza Escorcía Cervantes, abogada que participó en la conciliación no. 055 de 23 de abril de 1998.

Con informe no. 40918115 de 26 de diciembre de 2001 (fls. 49-51 c.i. No.4), el CTI manifestó su imposibilidad de cumplir con la labor asignada, ante la necesidad de contar ‘con abundantes firmas extraproceso’ pertenecientes al acusado ‘coetáneas a la fecha de elaboración de los documentos dubitados’, así como con los instrumentos originales respecto de los cuales se agotaría el análisis.

En la fase de juzgamiento, concretamente en la audiencia preparatoria, el Juez Penal del Circuito de Descongestión (Foncolpuertos) oficiosamente dispuso la práctica de la aludida prueba (fl.71 cuaderno del juicio no.1), examen que arribó a esa sede judicial el 29 de noviembre de 2004 (fl.s 275-289 cuaderno

del junio no.4) y cuyo traslado a las partes tuvo lugar en igual calenda (fl.290 ibídem).

En dicha oportunidad, la defensa del inculcado solicitó la ampliación y aclaración del dictamen (fl.42-43 cuaderno del juicio no.5), pretensión que denegó el funcionario de conocimiento con proveído de 20 de enero de 2005 (fl.s 44-47 ibídem), suerte que también corrió la objeción por error grave propuesta por su representante en decisión de 18 de julio de 2006 (fls.7-8 cuaderno del juicio no.8).

El informe pericial si bien se practicó en el juicio, éste se ordenó desde la etapa instructiva, luego, preserva íntegramente su validez no solo porque al respecto, la alta Colegiatura no efectuó señalamiento en contrario, sino por cuanto su producción tuvo lugar conforme la normativa procedimental...

...

Por otro lado, contrario a las disertaciones del censor, la nulidad decretada por la máxima Corporación de la justicia ordinaria de ninguna manera invalida el experticio caligráfico o cualquier otro de los elementos de convicción que integran la actuación, pues, a pesar de que las presentes diligencias se retrotrajeron desde la etapa de instrucción, debe recordarse que la adopción de tal medida no obedeció a la existencia de yerros en el trámite que socavarán las garantías de los intervinientes, sino a la ‘errónea’ calificación que la Fiscalía otorgó a las conductas presuntamente desplegadas por el impugnante y su compañero de causa Sherman Javier Perea Medrano”.

En tales condiciones, este reparo tampoco es viable.

Demanda a nombre de Sherman Javier Perea Medrano

Primer cargo

1. Acusa el recurrente violación directa de la ley sustancial, por «aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que consagra expresamente el tipo de peculado por apropiación, derivada de falta de aplicación de los principios de legalidad (art.6 C.P.) y conducta punible (art.9 C.P.)», pues en su criterio no

concorre uno de los elementos de tal delincuencia, ya que Perea Medrano no tenía disponibilidad material ni jurídica de los bienes del Estado pertenecientes a Foncolpuertos.

2. Ciertamente, enmarcado dentro de los delitos cuyo bien jurídico protegido es la administración pública, en la acepción comprensiva de tratarse de toda actividad inherente a los órganos públicos del Estado, el peculado es sancionado por entrañar una indebida administración o manejo de los bienes que han sido confiados al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones.

Materia de frecuente controversia en orden a la concreta adecuación típica de este delito suele serlo en relación con el objeto material del mismo, que los bienes del Estado objeto de apropiación cuya administración, custodia o tenencia le hayan sido confiados al servidor público lo fueran precisamente por razón o con ocasión de sus funciones.

3. A este respecto, esto es sobre el ámbito funcional de relación que el servidor público debe tener con los bienes, prolija doctrina de la Corte ha señalado que no está supeditado exclusivamente a aquellos supuestos en que la fuente de la atribución se ha previsto en forma estricta en normas de rango superior, legal o reglamentarias; esto es, que no se condiciona a hipótesis en que la Ley, en sentido amplio, haya indicado expresamente tal disponibilidad, ya que en no pocas ocasiones derivado de la propia índole de la función pública, concurren en la final destinación de los

bienes públicos diversos servidores a través de la intervención en actos funcionales compuestos, razón por la cual en cada uno de ellos recae el mismo nivel de exigencia de responsabilidad, preservación y manejo.

4. El trabajo complejo realizado por diversas dependencias y servidores no siempre en funciones jerarquizadas, pero si en todo caso con distribución de tareas diferenciadas, que generalmente implica la disponibilidad de bienes o recursos públicos, no necesariamente obedece como se ha advertido a competencias estrictamente regladas, sino al ejercicio de deberes funcionales vinculantes para el manejo de tales recursos o bienes públicos.

En este sentido, bien se ha dicho que en no pocas oportunidades la disponibilidad del bien surge en virtud de los deberes que le asisten al agente, sin que se pueda exigir en dicho contexto una competencia material específica más allá de lo que implica desarrollar el desempeño de sus obligaciones en conjunción con otros servidores, en una correlación que precisamente conlleva dicha capacidad de disponibilidad de bienes públicos. En dicho sentido, la distribución de funciones por el contrario de atomizar la responsabilidad de los servidores, no solamente optimiza las tareas públicas, sino que los vincula estrechamente con el manejo de dichos bienes o recursos.

5. Por ende, conforme lo ha destacado desde antiguo la Sala, dicha intervención de servidores públicos resulta

complementándose dentro de un ámbito de competencia y responsabilidad cuando quiera que como resultante del conjunto de decisiones progresivas y articuladas de diversos agentes del Estado que obran de consuno, se provoca la vulneración de la administración pública en tanto se produce menoscabo para sus bienes o recursos.

Desde esta perspectiva, esto es, tratándose de decisiones que implican un trámite compuesto que se integra por especialidad o por complementariedad, nada obsta para considerar, contrario al planteamiento del casacionista, que referido a la descripción típica inherente al delito de peculado por apropiación atribuido a Sherman Javier Perea Medrano como liquidador de prestaciones sociales de Foncolpuertos, éste sí tenía plena disponibilidad jurídica sobre los recursos estatales, fe de ello que en desarrollo de sus competencias estaba materializar en el acto previo al pago, entre otras, la liquidación de las obligaciones contenidas en sentencias judiciales.

El acto de liquidación de mandamientos de pago no puede minimizarse a la labor de simple transcripción de números, como aduce la demanda, en orden a desestimar su idoneidad y las implicaciones que en la disponibilidad de recursos públicos tenía la tarea cumplida por Perea Medrano, ámbito desde el cual, según lo anotado, su intervención como liquidador era relevante en orden a la final elaboración de las resoluciones de pago.

6. Ahora bien, sostener que Perea Medrano fue ajeno al andamiaje delictivo orientado a esquilmar los recursos de Foncolpuertos en el que intervinieron abogados, inspectores de trabajo, jueces y funcionarios corruptos, no excluye que su material participación finalmente redundara en la apropiación fraudulenta de dichos emolumentos, como tampoco que la misma implicara actos de disponibilidad jurídica, dentro de los supuestos teóricos integradores de los elementos típicos del delito de peculado imputado.

Además, la controversia relacionada con el hecho de no poderse exigir a Perea Medrano que verificara “si los documentos presentados eran falsos”, o que debía “sospechar” sobre su autenticidad, u otro proceder receloso más allá de los actos que se afirma le correspondían, no tienen que ver con la circunstancia de si en principio estaba en las funciones desempeñadas la disponibilidad jurídica de recursos, sino con la responsabilidad penal, esto es, con el juicio de culpabilidad ajeno a la causal casacional acá aducida y con el fundamento teórico que ha sido postulado.

Esta censura no procede.

Segundo cargo

Este reproche está sustentado por violación indirecta de la ley sustancial en el supuesto de error de hecho derivado de falso raciocinio, bajo el entendido que el análisis realizado por los juzgadores acerca del mérito de las pruebas contradice las reglas de la sana crítica y de la experiencia.

1. Alude en primer término a las anotaciones consignadas en la agenda por la abogada Esperanza Escorcía en las cuales se menciona el nombre de “Sherman”, pues para el censor el hecho de que apareciera junto a otras personas que fueron condenadas por el desfalco a Foncolpuertos no lo vincula con dicha delincuencia, ya que esta es una generalización apresurada.

En relación con los referidos apuntes, el juez de primera instancia señaló:

“De las anotaciones incautadas a Esperanza Escorcía, quien fungió como abogada entre otros en el asunto que culminó en el acta conciliatoria 32 y las resoluciones 410 y 411, no media hesitación que Sherman Javier Perea Medrano estaba al tanto de la ilegalidad y falsedad de las providencias judiciales y certificaciones espurias que fueron el sustento de la liquidación y posterior confección del acta de conciliación No.32, que representó erogación del patrimonio del Estado. Dentro de la anotación del día 22 de abril de 1998, se puede leer “la orden es viajar a Bogotá. Rainer-Luis-Ivone-Mara-Miriam – etc, etc Sherman – Cielo”. La cuenta es de Eladio Martínez de la Hoz de (...) Santander del Castillo Baena y Elias Adeniche (...)” (fl.8 C.O. Anexo 1B Agenda Esperanza Escorcía). Es de destacar que esta anotación es de unos días luego de que se expidiese las resoluciones 410 y 411 del 6 de abril, que cancelasen las actuaciones espurias”.

La anterior cita que en dicho diario hizo la procesada Esperanza Escorcía del liquidador de Foncolpuertos Sherman Perea, es interpretada en el sentido de que muy probablemente éste hacía parte del grupo de cuantos se iban a encontrar en la ciudad de Bogotá en esas fechas, lo

cual es indicativo de la relación y nexo existente entre aquélla y éste y por ende de la actividad ilegal que se adelantó precisamente con su participación.

A su vez, el Tribunal cita la aludida agenda observando que en anotaciones del mes de marzo y abril de 1998 junto con otros de los condenados dentro de esta misma investigación y desprendido de los mismos hechos, aparece escrito el nombre de “Sherman”.

2. Pero la relación que se establece entre Perea Medrano y todos los allí mencionados, no surge para el Tribunal exclusivamente de dichos apuntes de la agenda. En efecto, la sentencia impugnada señala con énfasis:

“Contundente resulta entonces que, pese a la ajenidad mostrada en indagatoria por Sherman Javier Perea Medrano con relación a su conocimiento y trato con la aludida abogada, su alianza entre ésta y los allí mencionados en asuntos alusivos al desfalco a Foncolpuertos, en oposición a su defensa, no admite duda, máxime cuando en lo que se refiere al señalado en la última glosa ‘Dr. Preciado’, José María Iguarán Ortega en su indagatoria expresó:

“El señor Preciado a nivel del Fondo de Colpuertos se podría caracterizar como un patrón, capo o algo así, magníficas relaciones internas con todos con el Director Salvador Atuesta Blanco, la secretaria María Isabel Olarte, con un abogado que hacía conciliaciones por parte de Foncolpuertos pero no recuerdo nombres, con **Sherman Perea**, con la tesorera Nancy Torres no le vi acercamiento, con **Sherman se informaba que era el hijo mayor, el pechichón, e era (sic) un acercamiento muy especial y eso me consta...**” (fl. 122 c. instrucción 4) (negrilla original)

El propio Iguarán Ortega, se acota en la sentencia, refirió que conversando con Preciado y referido a lo que él cobraba por su intervención ante Foncolpuertos, agregó:

*“(...) me informó él personalmente y no me contaron, que él cobraba eso porque su distribución se manifestaba así: Director del Fondo, María Isabel Olarte, Secretaria, quien iba a concliarse allá como abogado por parte de la empresa, el liquidador que usualmente era **Sherman, que inclusive se dice que Preciado le había regalado un carro, pero no sé, algo más él me dijo a mí que le iba a regalar un carro (fl.123 ibídem)**”. (negrilla original).*

3. Por lo tanto, como bien se advierte en el fallo impugnado, la referencia en el citado documento, incautado en la diligencia de allanamiento que en los prolegómenos de la investigación se adelantara en la vivienda de la hoy anticipadamente condenada por la justicia en razón de aceptación de cargo Esperanza Escorcía, que se hace de quien fue identificado como Sherman Perea Medrano, no es un hecho accidental o una simple mención de su nombre por ser funcionario de Foncolpuertos.

No hay, por ende, en la construcción de este indicio de responsabilidad que vincula directamente a Sherman Perea Medrano con la empresa criminal urdida por los diferentes sujetos que intervinieron en el fraude a Foncolpuertos de que se ocupa este proceso, ningún “error de hecho”, visto que la minimización de sus funciones como liquidador a simplemente constatar valores y reflejarlos de acuerdo con las órdenes contenidas en las sentencias y mandamientos de pago falsos, adquiere una dimensión distinta cuando

para emprender dicha tarea ciertamente debió verificar en las hojas de vida de los extrabajadores la legalidad de las reclamaciones y el fundamento de su reconocimiento judicial.

4. Por la manera como se procedió en desarrollo de todo el proceso de liquidación de Foncolpuertos y las incontables irregularidades que condujeron al multimillonario desfallo de recursos del Estado, no es posible refutar la afirmación de la sentencia que en grado de hecho notorio afirma la existencia de desorden administrativo y actos de corrupción en dicha entidad, sobre cuyo conocimiento no podían escapar los funcionarios de la misma y si bien decisiones judiciales sólo se produjeron con posterioridad, ello no obsta para reconocer en tal constatación un parámetro de valoración para todos los casos en los cuales, como en el presente, producto del evidente desorden administrativo imperante en desarrollo de todo el proceso de liquidación, se hizo propicia la defraudación, aspecto que realzado en la sentencia tampoco implica un razonamiento errado en forma tal que admita la concurrencia del error de hecho por falso raciocinio aducido.

5. Visto, por demás, que la declaración de responsabilidad de Sherman Pera Medrano en este asunto, no radica exclusivamente en los indicios a cuya refutación se encamina sin vocación de éxito el actor, sino que median otros elementos coincidentes que refuerzan en el mismo

orden dicha prueba, el reproche propuesto no puede prosperar.

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

Resuelve

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifiquese y cúmplase,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

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