



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

legis

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP4514-2020

Radicación N° 55345

Aprobado en acta N° 247

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación presentado por los defensores de MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ y OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ, así como por la apoderada de Parte Civil (Ministerio de Protección Social - UGPP), contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual parcialmente revocó la del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta ciudad, y absolvió a MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA y RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ de los cargos formulados por un concurso de delitos de peculado por apropiación, agravado, y la confirmó en cuanto las condenas dictadas respecto de los dos primeros por semejantes conductas delictivas.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. De acuerdo con la actuación, MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA fue nombrada para ejercer como Directora General de *FONCOLPUERTOS* del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 1998, período en el que firmó actas en las que, tras revisar el reconocimiento hecho por su antecesor (Salvador Atuesta Blanco) o de manera directa, se

conciliaban prestaciones laborales en favor de extrabajadores de la extinta empresa *PUERTOS DE COLOMBIA*, según peticiones elevadas por estos o sus abogados, acreencias que luego se demostró carecían de respaldo fáctico o jurídico. La mayoría de esas actas (266) fueron canceladas a través de sendas resoluciones, con una erogación de \$20.258'066.749,01, mientras que otras (21), representativas de una suma igual a \$2.811'767.974, 40, no fueron saldadas.

Algunas de esas conciliaciones fueron promovidas por: OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ, quien el 11 de septiembre de 1997 suscribió la N° 028, en la que en nombre de 23 extrabajadores comprometió a *FONCOLPUERTOS* a pagar \$577'499.165,77, los que en efecto fueron cancelados mediante la resolución 477 de 13 de abril de 1998, en la época en que Salvador Atuesta Blanco era aún director de la citada entidad (quien, dicho sea de paso, se acogió a sentencia anticipada).

Además, el 3 de agosto de 1998, PEÑA GONZÁLEZ en nombre de 107 extrabajadores celebró con un representante de *FONCOLPUERTOS* (Josefina Casas Ramírez) la conciliación N° 005 por valor \$4.378'135.189,50, empero, ese acto fue objeto de revisión y reconciliación mediante las actas 56 y 158, de 18 de noviembre y 23 de diciembre de 1998, en su orden,

suscritas por MOSQUERA ASTORQUIZA, en las cuales el valor conciliado fue reducido a \$529'808.445,38 (para dividir entre 50 extrabajadores) y \$1.856'386.386,06 (para repartir entre 55 extrabajadores), sumas cuyo pago se ordenó con las resoluciones 3149 (de 25/11/1998) y 3352 (de 23/12/1998), respectivamente, sin que la última alcanzara a ser saldada en favor de los beneficiarios.

Igualmente, el 25 de noviembre de 1998, mediante la conciliación N° 57, firmada por MOSQUERA ASTORQUIZA, en favor de 15 extrabajadores representados por PEÑA GONZÁLEZ, se acordó pagar \$174'661.925,36, suma cancelada con base en la resolución 3251 de 16 de diciembre de 1998.

A su turno, Luz Marina Campo Hernández el 14 y 15 de diciembre de 1998 obtuvo las actas de conciliación 99 y 139, firmadas por MOSQUERA ASTORQUIZA, en las que se acordó el pago de \$14'703.771,66 (en la primera) y \$778'370.207,11 (en la segunda) luego de renegociar una reliquidación de acreencias laborales, sumas cuyo pago se hizo con las resoluciones 3272 y 3271, respectivamente, ambas de 17 de diciembre de 1998.

Igualmente, MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ, en representación de 9 extrabajadores, promovió el 23 de diciembre de 1998 la conciliación 162, firmada por MOSQUERA ASTORQUIZA, en la que fue objeto de revisión un acto anterior —el acta 281 del 14/08/1998—, y se acordó un pago de \$506'138.323,13, suma cuyo efectivo reconocimiento se hizo con la resolución 3337 del mismo 23 de diciembre de 1998.

De otra parte, RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ, quien fungía como secretario de *FONCOLPUERTOS*, suscribió el 18 de diciembre de 1998, por delegación de la Directora, las actas de conciliación N° 136, 138, 153, 155, 156 y 157, las cuales dieron lugar a que, en su orden, mediante las Resoluciones (del 21/12/1998) N° 3322 (por \$616'566.281,51), 3311 (por \$412'896.700,95), 3308 (por \$358'732.075,25), 3312 (por \$574'618.915,60), N° 3336 (de 22/12/1998, por \$478'640.416,77) y 3350 (de 23/12/ 1998, por \$148'248.781,80), se ordenara el pago de las sumas convenidas, no obstante lo cual la última no alcanzó a cancelarse, mientras que las demás si lo fueron, con una erogación indebida total de \$2.441'454.390,08¹.

2. Una vez vinculados legalmente los antes citados, respecto de ellos se produjo el cierre de la investigación, y

¹ Situación fáctica extractada de la acusación y los fallos de instancia.

mediante resolución del 11 de junio de 2010 la Fiscalía General de la Nación calificó el mérito del sumario en los siguientes términos²:

2.1. Precluyó la instrucción en favor de todos los procesados respecto del delito de prevaricato (deducido por la emisión de las Resoluciones de pago), en razón de la prescripción de la acción penal que se materializó para ese comportamiento.

2.2. En relación con MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA le endilgó la condición “*autora*” de peculado por apropiación consumado en favor de terceros, agravado por la cuantía (igual a 102.203, 37 SMLMV de 1998), en modalidad “*continuada*”, y peculado por apropiación, agravado por la cuantía (equivalente a 13.901, 65 SMLMV de 1998), en modalidad “*continuada*” y “*tentada*”, respecto de las sumas acordadas en veintidós actas de conciliación que no fueron canceladas.

2.3. Respecto de RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ el pliego de cargos fue como “*coautor*” de un “*concurso material, homogéneo y sucesivo*” (en relación con cinco actas de conciliación) de peculados por apropiación en favor de terceros, consumado y agravado por la cuantía (igual a 11.972,13 SMLMV de 1998), y

² Cuadernos de la causa N° 51 y N° 52, folios 275-300 y 1-114, respectivamente.

por una de las actas de conciliación en las que intervino y que no fue saldada, un delito de peculado por apropiación tentado y agravado por la cuantía (727,33 SMLMV de 1998).

2.4. En cuanto a los abogados procesados en este segmento, el instructor precisó que “...realizaron actos idóneos para que los funcionarios públicos de Foncolpuertos, María Piedad Mosquera Astorquiza y Rafael Antonio Vélez Sánchez, **entre otros**, pudiesen cometer el delito en forma dolosa como ya se explicó y como únicos sujetos activos que podían realizar el verbo rector de la apropiación, lo que los hace partícipes en calidad de determinadores al tenor del artículo 30 del Código Penal” (negritas ajenas al texto)³ y en consecuencia acusó como “partícipes determinadores” a:

2.4.1. OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ de un concurso “material homogéneo y sucesivo” de peculado por apropiación en favor de terceros, consumado (por tres actas de conciliación cuyo pago fue efectivo), agravado por la cuantía (en total igual a 6.289,53 SMLMV de 1998), y un delito de peculado por apropiación en favor de terceros, tentado (un acta de conciliación) y agravado por la cuantía (equivalente a 9.107, 70 SMLMV de 1998).

³ Página 126 del pliego de cargos.

2.4.2. MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ de un delito de peculado por apropiación en favor de terceros, consumado y agravado por la cuantía (igual a 2.843,18 SMLMV de 1998).

2.4.3. Y Luz Marina Campo Hernández de un “*concurso material, homogéneo y sucesivo*” de peculado por apropiación en favor de terceros, consumado y agravado por la cuantía (en total igual a 3.890,93 SMLMV de 1998).

2.5. Atendida la fecha de los hechos, la calificación jurídica de las conductas punibles la realizó el instructor con sujeción a los artículos 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, artículo 19, sin perjuicio de destacar que tal hipótesis delictiva fue reproducida en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, actualmente en vigor.

2.6. El aludido pliego de cargos fue apelado por los defensores de los procesados y confirmado en su integridad el 20 de enero de 2011 por la Fiscal Cuarenta y Cinco de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá⁴.

3. La fase de la causa se adelantó en el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, cuyo titular el 22 de

⁴ Cuaderno 2ª Inst. Fiscalía, folios 7 a 55.

septiembre de 2017 dictó sentencia en la que adoptó las siguientes decisiones⁵:

3.1. Declaró a MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA penalmente responsable de las conductas punibles atribuidas en el pliego de cargos, y en consecuencia le impuso las penas principales de ciento treinta y dos (132) mes de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, y multa equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigente, magnitud esta última que obtuvo al aplicar por favorabilidad, en lo pertinente, los artículos 39 y 397 de la Ley 599 de 2000.

3.2. RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ fue declarado “*coautor*” responsable del concurso material homogéneo de peculados atribuido en la acusación, en modalidad consumada y tentada; y en tal virtud le impuso las penas principales de noventa (90) meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa igual a \$2.441’454.390,08, y como sanción accesoria también le fue impuesta la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado, por un lapso de cinco (5) meses y quince (15) días.

⁵ Cuaderno de la causa N° 87, folios 1-110.

3.3. Respecto de OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ, el juez de primer grado lo declaró penalmente responsable como determinador de los delitos de peculado imputados, y por lo tanto le infligió las penas principales de ochenta y dos (82) meses y veintiséis (26) días de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntica duración y multa de \$1.281'969.536,51, y como sanción accesoria le fue impuesta la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado, por un lapso de tres (3) meses y ocho (8) días.

3.4. MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ fue condenada en calidad de determinadora del delito de peculado por apropiación consumado y agravado por la cuantía endilgado en el pliego de cargos, a las penas principales de setenta y cuatro (74) meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y multa de \$506'138.323,13, y como sanción accesoria le fue impuesta la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado, por un lapso de dieciocho (18) días.

3.5. Finalmente, respecto de Luz Marina Campo Hernández, con el fin de resguardar la garantía de *non bis in ídem*, declaró cesación de procedimiento frente al delito de

peculado por apropiación, consumado y agravado por la cuantía, en relación con el acta de conciliación 139 de 15 de diciembre de 1998, por valor de \$778'370.207,11 cuyo pago se ordenó con la Resolución N° 3271 de 17 de diciembre siguiente, dado que la defensa acreditó que por ese comportamiento ya había sido juzgada y condenada en el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá (radicación 2011-1101).

Y la halló responsable, como determinadora, del delito de peculado por apropiación referido al acta de conciliación 99 del 14 de diciembre de 1998, por la suma \$14'703.771,66, cuyo pago se hizo efectivo con base en la Resolución N° 3272 del 17 del mismo mes y año, motivo por el que le impuso las penas principales de setenta y cuatro (74) meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y multa en cuantía igual a la suma esquilmada; además le fue impuesta como sanción accesoria la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado, por un lapso de dieciocho (18) días.

4. Contra la expresada providencia interpusieron recurso de apelación los defensores de los condenados, impugnación que fue resuelta el 24 de enero de 2019 por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de:

4.1. Declarar cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal en favor de Luz Marina Campo Hernández, habida cuenta que como la única conducta punible por la cual fue sentenciada en primera instancia no superó la cuantía de doscientos (200) salarios mínimos de la época de los hechos, atendiendo el máximo de pena privativa de la libertad (15 años) previsto en el inciso primero, tanto del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 (modificado por la Ley 190 de 1995, art. 19), como del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, el tiempo necesario para la configuración de ese fenómeno, a partir de la ejecutoria del pliego de cargos (20 de enero de 2011), se cumplió el 20 de julio de 2018, es decir antes de alcanzar firmeza el fallo condenatorio.

4.2. Frente al obrar endilgado a MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, revocó la condena con base en que actuaron amparados en el principio de confianza, y por lo tanto los absolvió de los respectivos cargos.

Al respecto destacó el Tribunal que las pruebas aportadas acreditaron cómo esos funcionarios sólo procedieron a imponer sus firmas en las actas de conciliación después de que un equipo multidisciplinario debidamente seleccionado por su experiencia y formación profesional, llevó a cabo el trabajo de verificar los ítems reclamados por los extrabajadores con la finalidad de asegurar la legalidad de ese trámite, además que en ese proceso previo también intervinieron, para supervisarlo por solicitud de MOSQUERA ASTORQUIZA, funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, aspectos con base en los cuales concluyó que los acusados estaban “*en posición de esperar que los funcionarios que tuvieron injerencia en una u otra forma en el proceso de elaboración y revisión de las operaciones matemáticas y conciliaciones, observaran las reglas, así como la ley y la Convención Colectiva*”⁶ y que por lo tanto en el actuar de los citados procesados no concurrió interés de esquilmar el patrimonio del Estado, para sí o para terceros.

4.3. A pesar de lo anterior, en relación con PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ confirmó la condena emitida contra ellos como determinadores de los delitos de peculado por apropiación, con base en que los actos de instigación los

⁶ Sentencia de segunda instancia, páginas 98 y 99.

cumplieron “*cuando en su condición de litigantes prevalidos de los poderes conferidos por los supuestos titulares de derechos laborales, elevaron solicitudes de reajustes no procedentes*”⁷ para persuadir a los funcionarios encargados de resolverlas de acceder a sus ilícitas pretensiones.

5. Contra el expresado fallo interpusieron el recurso extraordinario de casación: la apoderada del Estado constituido en Parte Civil (Ministerio de Protección Social - UGPP) respecto de la absolución emitida a favor de MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, así como los defensores de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ en relación con la confirmación las correspondientes condenas.

II. LAS DEMANDAS

6. La representante de la Parte Civil, con invocación del artículo 207, numeral 1°, de la Ley 600 de 2000, denunció la violación directa de la ley por “*interpretación errónea*” o “*error de sentido*” en relación con el artículo 32, numeral 10, de la Ley 599 de 2000, “*respecto del principio de confianza y su correcta interpretación en la determinación de la tipicidad*”

⁷ Ídem, página 113 y 114.

Sostuvo la actora que para afirmar la ilicitud de una conducta, la misma debe ser típica, antijurídica y culpable, de suerte que al fallador le corresponde, primero, verificar que el comportamiento se ajuste a la descripción prevista en la norma y, segundo, que no esté enmarcado en alguna de las causales de ausencia de responsabilidad, una de ellas la que estima vulnerada, la cual es comprensiva del error “*bien en la descripción del tipo, bien en una de las causales de exclusión de la responsabilidad*”.

Enseguida agregó que, la doctrina ubica el principio de confianza, como una construcción jurídica con base en la cual puede predicarse la ausencia de responsabilidad por atipicidad de una conducta antijurídica, en el caso de los delitos dolosos ello solo es posible en condiciones restrictivas desarrolladas por la jurisprudencia, aspecto en el que, aseguró, consistió el vicio endilgado al Tribunal, ya que tal corporación lo ubicó en el terreno de la culpabilidad y no en el de la tipicidad.

Destacó que el fallador de segundo grado, sin preocuparse por establecer si los postulados restrictivos se cumplían en este asunto, afirmó que siendo las actas de

conciliación y las correspondientes resoluciones suscritas por MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, el resultado de unas labores previas de determinación, liquidación y verificación cumplidas por otros funcionarios de FONCOLPUERTOS, las actuaciones de aquellos carecieron de dolo por no haber prueba en contrario, y que por lo tanto debía absolverlos, como en efecto lo hizo.

Para la demandante el Tribunal soslayó que la firma de MOSQUERA ASTORQUIZA, dada su condición de directora de esa entidad, era requisito condición para que esta contrajera las obligaciones plasmadas en las conciliaciones y se dispusiera la entrega de los caudales con base en las correspondientes resoluciones, luego, tal aspecto hacía imposible la aplicación del principio de confianza debido a que la ley le imponía a aquella la supervisión del desarrollo de la actividad que ocasionó la lesión del patrimonio Estatal, así como el deber de custodia y preservación de los bienes públicos.

Agregó la recurrente que a la citada procesada debe reprochársele *“el hecho de que ostentaba posición de garante respecto de sus funcionarios, debido a que la empresa que gerenciaba tenía el propósito primordial de disolver el pasivo social de COLPUERTOS y ello la hacía estar especialmente dedicada a liquidar y reconocer aquel pasivo dentro de los términos estrictos de la ley laboral y las*

convenciones”; luego si el fin “de la entidad era, exclusivamente, finiquitar aquellas obligaciones, es claro que la responsabilidad de su posición entrañaba la supervisión del trabajo de sus colaboradores, no en el sentido estricto y absurdo de rehacer cada paso de la actuación, pero sí el de tener un mínimo de cuidado particular sobre cada caso, y no abstracto como lo reputa el Tribunal para absolverla”.

Señaló la demandante que igual análisis cobija a VÉLEZ SÁNCHEZ porque en los actos en los cuales intervino, lo hizo para representar a la entidad con las mismas facultades y responsabilidades de la gerente.

Con base en lo anterior solicitó casar el fallo de segundo grado y en su lugar confirmar la condena emitida contra los aludidos procesados en primera instancia.

7. El defensor del procesado OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ formuló tres cargos en los siguientes términos:

7.1. Con carácter principal y sustentado en el artículo 207, numeral 3°, de la Ley 600 de 2000, denunció la configuración de una irregularidad sustancial consistente en la errada calificación del comportamiento reprochado a su defendido, toda vez que, según el censor, ha debido

endilgársele el delito de fraude procesal y no el de peculado por apropiación a título de determinador.

Para fundamentar esa propuesta destacó que en la sentencia de segunda instancia los enjuiciados MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ fueron absueltos con base en que obraron con la convicción, fundada en el principio de confianza, de que con su actuar no estaban incurso en el delito peculado, luego si ello es así mal pudo el Tribunal confirmar el fallo de primer grado al sostener que su prohijado obró como determinador de un comportamiento típico que los primeros en ningún momento tuvieron intención de cometer.

Resaltó que de acuerdo con doctrina y jurisprudencia la figura de la determinación exige que el determinado tenga conocimiento y voluntad del hecho punible al que se le instiga, e inicie la ejecución del mismo, pues de lo contrario, esto es, sin ese nexo no existe, no puede predicarse esa de participación.

Agregó que aun cuando en el decurso procesal siempre sostuvo en favor de su representado que él tampoco actuó con conocimiento e intención de incurrir en un

comportamiento delictivo, en gracia de discusión, atendida la ausencia de fundamento y respaldo de las pretensiones laborales que en nombre de terceros reivindicó el procesado PEÑA GONZALEZ en ejercicio de su labor como abogado litigante, su actuar se acomodaría al delito de fraude procesal descrito, para la época de los hechos, en el artículo 182 del Decreto Ley 100 de 1980, y en la actualidad en el 453 de la Ley 599 de 2000.

Con base en lo anterior solicitó casar el fallo recurrido y decretar la nulidad de lo actuado desde la resolución de acusación, con el fin de que se profiera el pliego de cargos por la conducta punible que corresponde.

7.2. De manera subsidiaria, con estribo en el artículo 207, numeral 1° de la Ley 600 de 2000, el censor también propuso la violación directa de la ley sustancial.

En desarrollo de esa queja aseguró que su representado se limitó a ejercer, por encargo, el derecho de postulación a través de sendas peticiones formuladas a *FONCOLPUERTOS*, en cuya resolución ninguna injerencia tenía, como tampoco la facultad de incidir para que se accediera en uno u otro sentido a las respectivas pretensiones, tal y como se reconoce en los fallos de primera y segunda instancia.

Y concluyó la censura afirmando que como el delito de peculado por apropiación no admite modalidad culposa sino únicamente dolosa, ante la ausencia de pruebas que demuestren ese elemento subjetivo, es ostensible que en el comportamiento del procesado no se dan los elementos estructurales de la referida conducta punible, y en consecuencia los falladores debieron privilegiar la aplicación de la garantía contenida en artículo 7 de la Ley 600 de 2000, en lugar de aplicar indebidamente los preceptos inherentes a la atribución dolosa del punible contra el erario y los relativos al grado de ejecución y de participación deducido al acusado.

De acuerdo con lo anterior solicitó casar la decisión de condena y en su lugar proferir sentencia de sustitución en la que se absuelva al procesado de los cargos atribuidos.

7.3. Con sustento en la causal invocada en el anterior reproche e igualmente con carácter subsidiario, el recurrente deprecó la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

Bajo tal propuesta, en la que reiteró los argumentos del cargo anterior, el censor aseguró que si se reputa como configurado el delito de peculado por apropiación, el cual exige que la conducta sea ejecutada por un sujeto activo calificado, en este caso en servidor público, al carecer PEÑA GONZÁLEZ de esa condición, la participación que se le atribuye no es la de un determinador, sino la de un interviniente, cuya pena es menor a la impuesta, sentido en el que solicitó casar la decisión atacada.

8. El representante legal de MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ, presentó varias censuras, las cuales se resumen como sigue:

8.1. Al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 207, numeral 3°, de la Ley 600 de 2000, deprecó la nulidad a partir de la resolución de acusación de primera instancia, por cuanto la Fiscalía habría incurrido en una irregularidad al atribuir a su defendida el delito de peculado por apropiación, cuando se estructuraba el de fraude procesal.

Fundamentó tal queja en que como el Tribunal revocó la condena emitida contra MOSQUERA ASTORQUIZA por

peculado, al encontrar que actuó amparada en el principio de confianza por ausencia de motivos para advertir que incurría en ese delito al firmar las actas de conciliación, de allí se sigue que mal puede sostenerse que fue determinada por CUNDUMÍ DÍAZ para cometer el punible contra el erario.

Señaló que con sujeción a las consideraciones del fallador de segundo grado para absolver a MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, resulta evidente que su defendida no se puso de acuerdo con ellos ni los determinó para apoderarse de dineros del Estado, y que por lo tanto la Fiscalía se equivocó al endilgar a su defendida el delito de peculado y no el de fraude procesal, surgiendo para esta el derecho de que se restablezca la actuación para que pueda defenderse de la conducta punible en la que se vio comprometida, para lo cual es necesario, según el censor, que la Corte invalide lo actuado desde la resolución de acusación.

8.2. Como segundo cargo (primero subsidiario), con fundamento en el artículo 207, numeral 1°, de la Ley 600 de 2000, denunció la violación directa de la ley sustancial por dos aspectos que presentó dentro de la misma censura.

En primer lugar, por falta de aplicación de los artículos 80 y sucesivos del Decreto Ley 100 de 1980, relativos a la prescripción de la acción penal, en armonía con el artículo 39 de del Código de Procedimiento Penal bajo el cual se tramitó este asunto, en el que está previsto ese fenómeno como una causal de cesación de procedimiento.

En esencia, sostuvo que el *“peculado a cargo de MARCELINA CUNDUMÍ consistiría en el mínimo porcentaje que sus representados le pagaron como honorarios, suma esta que no asciende a la cantidad señalada en la ley para que opere la agravante por razón de la cuantía”*.

Con base en lo anterior precisó que lo procedente era decretar cesación de procedimiento en favor de aquella, toda vez que, entre la fecha de la ejecutoria del pliego de cargos, a la de hoy, ha transcurrido el tiempo necesario para la configuración de la prescripción de la acción penal, sentido en el que solicitó casar el fallo recurrido.

En segundo término, también por la senda de la violación directa de la ley sustancial, el memorialista arguyó la violación de la prohibición de reforma en peor por parte del sentenciador de segundo grado, toda vez que como éste se hallaba limitado, en cuanto a la inconformidad expuesta en

la apelación respecto de su representada, no podía desbordar ese límite con la orden de compulsar copias para que se iniciara un proceso de extinción de dominio, máxime cuando ninguno de los otros impugnantes solicitó pronunciamiento sobre ese aspecto.

Tras destacar que por imperativo mandato constitucional la apelación se entiende limita a lo desfavorable, solicitó casar parcialmente el fallo recurrido y revocar el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia.

8.3. Adujo el recurrente un tercer cago (segundo subsidiario) con base en el artículo 207, numeral 1°, cuerpo segundo, de la Ley 600 de 2000, bajo cuyo amparo propuso la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de valoración probatoria.

El demandante denunció la configuración de falsos juicios de identidad, de existencia y de raciocinio, en relación con los medios de prueba con los que en los fallos se fundamentó la atribución de la conducta típica de peculado por apropiación, dislates en virtud de los cuales, aseguró, no se estableció con certeza si para todos los extrabajadores que representaba la acusada eran en verdad improcedentes las

prebendas laborales reclamadas, como tampoco que su defendida conociera de la eventual improcedencia de alguna de ellas.

Resaltó que la sola condición de abogada de la procesa no es un hecho del que pueda inferirse, como lo hizo el Tribunal, la intención dolosa de aquella de incurrir en un comportamiento delictivo, pues su defendida era para esa época una joven recién graduada que no contaba con los medios para actualizar su conocimiento, además que el marco temporal en que se desarrolló el hecho no tuvo oportunidad de recurrir a fuentes externas que le permitieran validar la información.

Concluyó el demandante con la solicitud de casar el fallo y en su lugar, tras corregir los errores de valoración probatoria alegados, absolver a la citada procesada de los cargos como determinadora del delito de peculado por apropiación.

9. En el traslado a los no recurrentes el apoderado de MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA solicitó no casar el fallo de segundo grado con fundamento en las siguientes razones:

Destacó que la propuesta de la demandante implica aceptar que el principio de confianza no puede activarse frente a quien lidera un equipo de trabajo, por el solo hecho de serlo, lo cual se traduciría en que esa figura opera sólo en relación con subalternos, quebrando ello la esencia de la figura.

Agregó que el principio de confianza no ampara a quien lidera o dirige un equipo únicamente cuando ha tenido oportunidad de advertir señales que le alerten sobre el mal proceder de uno o varios de sus miembros, y que una situación semejante no fue la que se estructuró en el caso debatido, pues todos los indicadores visibles apuntaban a un desarrollo adecuado del programa delineado por MOSQUERA ASTORQUIZA para liquidar en tres meses el pasivo de la empresa encomendada, labor en la que detectó conciliaciones indebidas cuyo pago negó o cuyo valor, después de la revisión dio cero; redujo la cantidad de las conciliaciones que debían pagarse, e hizo incluir nuevas cláusulas, entre ellas, la que permitía, por autorización de los ex portuarios, el descuento de las prebendas laborales pagadas sin sustento.

Resaltó que el procedimiento y mecanismos liderados por la acusada contaron con el acompañamiento y vigilancia de los organismos de control estatal, cuyos funcionarios jamás alertaron sobre las irregularidades que en la acusación y el fallo de primer grado son calificadas como “*más que evidentes*”, y la Junta Directiva de la entidad, que contaba con la presencia del Ministro de Trabajo, en las reuniones que hizo la acusada para rendirles cuentas tampoco hicieron observaciones sobre las labores de la liquidadora.

Aseguró el sujeto procesal no recurrente que el Tribunal hizo un juicio ex ante de la situación de la procesada MOSQUERA ASTORQUIZA, y no basado en el conocimiento que solo ahora, después de muchos años e investigaciones, se tiene de las irregulares que se presentaron en la reliquidación de prestaciones laborales exigidas por extrabajadores a FONCOLPUERTOS, análisis ajustado al ordenamiento jurídico, pues lo contrario sería condenarla con base en simple responsabilidad objetiva, proscrita en la ley penal.

Indicó el demandante que el Tribunal con base en las pruebas allegadas y no debatidas por la demandante,

encontró acreditado que desde su llegada a la dirección de FONCOLPUERTOS, la procesada:

...realizó para entonces un diagnóstico de la situación como punto de partida; se asesoró en materia laboral y contrató con firmas especializadas, tales como Arthur Andersen y la Fundación Creamos Colombia, entidad que designó como líder para el trabajo de revisión de acreencias laborales al Dr. Manlio Lafont, profesor, tratadista y experto laboralista quien implementó en coordinación con la entidad la “mesa de trabajo” compuesta por expertos en ese campo, ex liquidadores de COLPUERTOS y un ingeniero de sistemas. Pero además de ello ... no se lavó las manos, ni dejó al arbitrio de los contratistas la labor, sino que los apoyó permanentemente proporcionando la información y documentos que requerían, contratando —entre otros— la actualización del sistema nacional de pagos, los archivos generales, la revisión y actualización de lo microfilmado, la elaboración de un software especializado con base en las convenciones colectivas para hacer el proceso de liquidación más transparente.

...reglamentó un procedimiento concertado con ex portuarios y apoderados para revisar lo que ya estaba en firme; se acompañó desde el primer día de todos los organismos de control (incluso de un grupo de 8 auditores de la Contraloría asignados de tiempo completo que tuvieron su sede en las mismas instalaciones de Foncolpuertos) y de una Procuradora Judicial en lo laboral que estuvo presente en el proceso y quien firmó todas y cada una de las conciliaciones que luego le fueron pasadas a mi representada para su firma. Gracias a todo ello, en el increíble plazo de 3 meses (cuya prórroga nunca buscó como lo habían hecho otros liquidadores) ... logró la meta que parecía imposible: liquidar y suprimir Foncolpuertos cumpliendo las funciones que le habían sido asignadas en el Decreto 1689 de 1997.

Por último, señaló el defensor no recurrente que en la sentencia de segunda instancia, contrario de lo expuesto en el fallo de primer grado, se reconoció que:

...las funciones de la liquidadora no se limitaban a revisar conciliaciones, y que abarcaban las acciones propias de la dirección y administración de una entidad pública, que implicaban el cumplimiento de todas las tareas ordenadas para la liquidación de Foncolpuertos, tales como el inventario de todos los bienes muebles e inmuebles que pertenecieron a Colpuertos ubicados en todo el país; la liquidación de todos los contratos de la entidad, ordenando los pagos pendientes; la venta de los bienes y su entrega inventariada al Ministerio de Transporte; la organización, microfilmación y sistematización de todos los archivos, tanto de pensionados como de sus beneficiarios; la prestación de los servicios de salud; la liquidación de los contratos respectivos y la entrega de los mismos al Fondo de Ferrocarriles Nacionales; la revisión y verificación de los listados de pensionados y la entrega a Fopep del sistema de pensiones; la atención de procesos judiciales y el inventario de los mismos; la atención de un sin fin de tutelas en curso, entre muchas tareas y funciones, entorno especialmente complejo que hace referencia precisamente a la multiplicidad y especialidad de tareas que es propia de la aplicación del principio de confianza al detectar una realidad en la que ningún ser humano hubiese podido siquiera “supervisar” todas las actividades, mucho menos realizarlas por cuenta propia...

Con base en lo anterior solicitó mantener la decisión atacada pues en aquella se “...reconoce la amplia evidencia

probatoria que habla de un actuar en caminado a proteger el erario público en el marco de un contexto de altísima dificultad, y que quizá no haya producido los resultados deseados, pero que está muy distante de una responsabilidad penal, incluso por culpa ... aplica adecuadamente el Principio de confianza y refuerza con certeza la necesidad de una decisión absolutoria, planteando también la ausencia de dolo, de tal forma que convergen en el análisis del Tribunal dos argumentos diversos, pero igualmente fuertes para estructurar la conclusión final de exonerar...” a su prohijada de las conductas por las que fue acusada y condenada en primera instancia.

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

10. El Delegado del Ministerio Público solicitó no casar la sentencia demanda en razón de la improsperidad de los cargos expuestos en todas las demandas, por las siguientes razones:

10.1. En cuanto al reproche principal y común formulado por los defensores de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ, advirtió que no obstante la absolución dispuesta en segunda instancia en favor de los funcionarios MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, dado que frente a los procesados inicialmente citados se demostró que

obraron dolosamente al elevar las solicitudes de reliquidación a sabiendas de que eran improcedentes, tal actuar fue suficiente para “*promover en funcionarios públicos la ejecución del delito de peculado por apropiación*” y por los tanto aquellos actuaron en calidad de determinadores, aserción que respalda en jurisprudencia de la Corte (cita el radicado 13788), según la cual nada impide “*...que el determinador deba responder por la conducta aun cuando no logre conocerse siquiera o juzgarse a la persona del determinado, o ésta sea absuelta...*”.

También concluyó la improsperidad de lo alegado por los demandantes acerca de la errada calificación de la conducta punible por parte de la fiscalía, sobre el supuesto de que el delito por el que debieron ser acusados y juzgados era el de fraude procesal, pues, destacó el agente del Ministerio Público, que en los hechos debatidos no se trató de la inducción en error mediante artificio o ardid a un funcionario público, sino de la inducción a la comisión de la conducta de apropiación indebida de recursos del Estado.

10.2. Respecto del cargo segundo (primero subsidiario) presentado en nombre de PEÑA GONZÁLEZ, señaló que, contrario a lo alegado por el censor, tanto en la acusación como en los fallos de primero y segundo grado, con base en

las pruebas recaudadas se acreditó que el procesado sí obró con dolo de obtener a través de las conciliaciones el reconocimiento de sumas que no se adeudaban, tal como lo venían haciendo otros ex portuarios con el auxilio de servidores de FONCOLPUERTOS, e incluso otros “*funcionarios administrativos y judiciales*”, de suerte que “*quedando demostrado que el propósito consistía en la efectividad de las pretensiones infundadas actuando de manera dolosa de estar induciendo a servidores a la comisión del comportamiento contrario a la administración pública*”, no hay lugar a la absolución reclamada.

10.3. Acerca del tercer cargo (segundo subsidiario) formulado por el apoderado de PEÑA GONZÁLEZ, en el que denunció la falta de aplicación del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, el delegado de la Procuraduría precisó la imposibilidad de acceder a tal pretensión, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia, la calidad de interviniente en los delitos calificados, solo es predicable del partícipe que también ejecuta de manera activa la conducta descrita en el tipo, sin tener la condición especial exigida en la norma, lo cual no es menester cuando del determinador se trata, como en el presente caso.

Por esta razón concluyó la imposibilidad de acceder a la redosificación la pena impetrada por el demandante.

10.4. En cuanto al primer cargo subsidiario expuesto en la demanda en nombre de la acusada CUNDUMÍ DÍAZ, el agente del Ministerio Público señaló que la afirmación en el sentido de la violación directa de la ley por falta de aplicación de las normas que regulan la prescripción de la acción penal, es errada, habida cuenta que como a la citada le fue atribuido en el pliego de cargos el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, misma conducta por la que fue condenada, atendida la pena máxima prevista para esa infracción, igual a veintiún años y seis meses, desde la fecha en que cobró ejecutoria el acto de acusación (20 de enero de 2011) a la actual, no han transcurrido los diez años que exigen los respectivos preceptos para que se configure tal fenómeno en la etapa de juzgamiento.

10.5. El Delegado de la Procuraduría halló también equivocados los argumentos expuestos en el segundo cargo subsidiario propuesto por el defensor de CUNDUMÍ DÍAZ, relativo a la configuración de errores de valoración probatoria que habrían determinado erradamente la aplicación de las normas relativas a la hipótesis delictiva por la que fue condenada.

A este respecto, tras reiterar en sus propios términos la estimación de los elementos de conocimiento consignada en las sentencias, concluyó la ausencia de vicios en ese ejercicio ponderativo, con base en el cual las instancias hallaron que la procesada actuó como determinadora del punible cometido por funcionarios de FONCOLPUERTOS contra el erario público.

10.6. Finalmente, acerca del único cargo presentado por la apoderada de la Parte Civil, encaminado a la revocatoria de la absolución de MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, y esgrimido con base de una violación directa de la ley sustancial por “*interpretación errónea*” del artículo 32, numeral 10° de la Ley 599 de 2000, el agente de del Ministerio Público conceptuó que carecía de vocación de éxito.

Destacó, en primer lugar, la ausencia de rigor por cuanto si lo pretendido era la condena, el sentido de la queja debía ser el de la indebida aplicación del precepto denunciado por la demandante; no obstante, agregó que como el cargo fue aceptado, lo pertinente era responder al problema jurídico de fondo consistente en si los juzgadores se equivocaron en el reconocimiento del principio de

confianza para exonerar de responsabilidad a los aludidos acusados.

Así, luego de recapitular en qué consiste el principio de confianza y los condicionamientos señalados en la doctrina y la jurisprudencia para su correcta activación, puntualizó que tal y como se dejó precisado en la sentencia atacada, los citados procesados: *(i)* tenían el encargo de liquidar FONCOLPUERTOS en un poco más de tres meses —del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 1998—; *(ii)* para tal fin implementaron una infraestructura de apoyo con la interacción de empresas y profesionales externos, así como con la vigilancia de entes de control oficial que participaron en la agilización y supervisión de los distintos actos de liquidación; *(iii)* motivo por el que la imposición de la firma por parte de aquellos en los distintos actos de reconocimiento de derechos laborales, pese a obedecer a sus deberes funcionales, era producto del necesario consenso común previo que debía ser expresado por todos los intervinientes en ese proceso; *(iv)* decisión que era adoptada en una reunión concertada para ese cometido en la que, en atención a las previas consideraciones que incumbía a cada uno de los partícipes en la verificación y consolidación de datos en su respectivo rol funcional, a título de medio de control de la

gestión, se extractaba la conclusión unívoca de procedencia o no del particular reconocimiento.

Precisó que, acreditados esos supuestos fácticos, los cuales la apoderada de la Parte Civil en su demanda no cuestionó, la absolución con base en el principio de confianza fue acertada, porque *“si bien, formalmente hablando, los procesados tenían por cometido institucional el de aprobar o improbar con su rúbrica los documentos contentivos de las reliquidaciones, del plenario es igualmente claro que tal acción, para el presente caso, no la realizaban como una expresión de su insular capacidad funcional, sino del acuerdo y consenso que en dicha materia emitía un grupo interdisciplinario, designado exprofeso al efecto y quienes, conforme a su especialidad, debían realizar un estudio previo de la cuestión en punto de emitir su concepto sobre el asunto”*, de suerte que *“contrario a lo sostenido en la demanda, la determinación objeto del recurso dio cumplimiento al deber de estudio de tipicidad y antijuridicidad de las conductas acusadas, expresando el instituto jurídico contenido en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal como una causal excluyente de la responsabilidad... [además que] igualmente, por parte del decisor se cumplió con la necesaria carga procesal de establecer, en concreto, el deber funcional de los procesados y en presencia del mismo, mediante su ponderación frente a las particulares condiciones en que ocurrieron los hechos, extractó la conclusión de ausencia de responsabilidad penal”*.

IV. CONSIDERACIONES

11. Es criterio de la Sala que una vez ha declarado desde un punto de vista formal ajustada a derecho la respectiva demanda, le asiste el deber de dar respuesta a los problemas jurídicos que emergen de la inconformidad planteada, en armonía con los fines a los cuales sirve este mecanismo extraordinario de impugnación, cuales son buscar la indemnidad del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

Desde esa perspectiva impera destacar, como igualmente lo advirtió el Agente del Ministerio Público, que aun cuando los cargos formulados por los tres sujetos procesales impugnantes no son un paradigma de adecuada fundamentación —dada la ausencia de estricta sujeción a las exigencias argumentativas de cada una de las causales invocadas—, las demandas fueron admitidas porque la Corte advirtió que, al menos, la única censura de la apoderada de la Parte Civil y la queja principal común a los escritos de los defensores de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ, plantean un problema jurídico que es preciso decidir de fondo en razón del sentido de la declaración de justicia impugnada.

En efecto, se observó de entrada que en el eje fáctico y jurídico de la acusación es central y explícita la atribución del delito de peculado a PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ en calidad de *determinadores* de MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, quienes, según el pliego de cargos, al obrar “*en connivencia*” con aquéllos —entre otros— y por su condición de servidores públicos con facultad para suscribir las actas de conciliación con las que se dispuso indebidamente el pago de los caudales públicos —ya en forma consumada ora tentada—, fueron los autores materiales de la acción prevista en la respectiva hipótesis típica.

Sin embargo, como en el fallo de segunda instancia el Tribunal encontró acreditado que los dos últimos no actuaron con la intención de permitir la apropiación ilícita de dineros del Estado en favor de terceros, y por lo tanto sin ninguna clase de acuerdo común con los dos primeros o los demás promotores de las conciliaciones, esto es, sin dolo, sino que lo hicieron amparados en el *principio de confianza* (aspecto atacado por la apoderada de la Parte Civil), por cuanto la verificación de la validez y legalidad de las correspondientes pretensiones fue delegada en un equipo interdisciplinario de expertos, con presencia de representantes de órganos de control estatal —Contraloría y Procuraduría—, mal puede

sostenerse en la misma decisión, desconociendo los límites de la acusación, que de todas maneras PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ fueron *determinadores*, no de los aludidos procesados, pero sí de *otros* funcionarios públicos no identificados o desconocidos, los cuales, de todas maneras, no son quienes suscribieron los títulos con los que se materializó la disposición de los caudales (asunto que es el tema de inconformidad de los apoderados de los dos últimos).

Establecido el quid sustancial de la controversia, la Sala se ocupará de responder el cargo formulado por la apoderada de la Parte Civil (por la senda de la violación directa de la ley) contra la absolución de MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ, y enseguida el correlativo reproche principal propuesto en las demandas de los apoderados de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ (con estribo en la causal tercera).

12. Previamente, en aras de la claridad, con el fin de evitar innecesarias repeticiones, y para depurar la controversia, la Corte estima necesario pronunciarse acerca de la extinción de la acción penal por prescripción, respecto de uno de los delitos de peculado por apropiación atribuidos al abogado OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ, pues ese fenómeno se materializó en el trámite del presente recurso,

mientras se cumplía el traslado de ley ante la Procuraduría General de la Nación.

12.1. De acuerdo con la síntesis fáctica y procesal consignada en esta providencia, al citado acusado se le atribuyó un concurso material y homogéneo de los señalados delitos, así:

(i) Peculado por apropiación consumado en cuantía de \$577'499.165,77 por el acta de conciliación N° 028 suscrita el 11 de septiembre de 1997 con el entonces director de *FONCOLPUERTOS*, Salvador Atuesta Blanco, suma que le fue cancelada bajo la administración del mismo funcionario (quien se acogió a sentencia anticipada), mediante la resolución N° 477 del 13 de abril de 1998.

(ii) Peculado por apropiación consumado en cuantía de \$529'808.445,38, suma conciliada mediante el acta N°56 del 18 de noviembre de 1998, suscrita por MOSQUERA ASTORQUIZA y pagada con la resolución N° 3149 del 25 del mismo mes.

(iii) Peculado por apropiación en modalidad **tentada** y en cuantía de \$1.856'386.386,06, cantidad que fue conciliada en el **acta N° 158** de 23 de diciembre de 1998,

suscrita por MOSQUERA ASTORQUIZA, cuyo pago, aun cuando se ordenó con la **resolución 3352** de esa fecha, no alcanzó a hacerse efectivo.

(iv) Finalmente, peculado por apropiación consumado en cuantía de \$174'661.925,36, suma conciliada mediante el acta N°57 del 25 de noviembre de 1998, suscrita por MOSQUERA ASTORQUIZA y pagada con la resolución N° 3251 del 16 de diciembre de ese año.

De los aludidos cuatro comportamientos, es respecto del tercero —aquél que sólo alcanzó el grado de tentativa— que se configuró el señalado fenómeno extintivo de la acción penal, pues la sanción máxima prevista en el artículo 397, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, de veintidós (22) años y seis (6) meses de prisión, atendida, justamente, la modalidad imperfecta de la conducta, debe disminuirse en una cuarta parte de acuerdo con el artículo 27 de la citada obra, lo cual arroja un nuevo límite máximo de pena de prisión de dieciséis (16) años, diez (10) meses y quince (15) días.

Y como por mandato del artículo 86 del Código Penal el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria del pliego de cargos y comienza a correr de nuevo por la mitad del tiempo previsto como pena máxima, sin que pueda

superar diez años, es palmario que en el presente asunto, dado que la acusación cobró ejecutoria el 20 de enero de 2011, el respectivo lapso (8 años 5 meses y 7 días) se cumplió el 27 de junio de 2019, momento para el cual el expediente se hallaba en traslado en la Procuraduría General de la Nación para que el delegado rindiera el concepto de ley (la actuación llegó a la Corte el 15 de mayo de 2019 y su remisión al Ministerio Público se ordenó el 20 de dicho mes), el cual sólo arribó a esta Corporación el 7 de julio de 2020.

Consecuente con lo anterior, en armonía con los artículos 38 y 39 de la Ley 600 de 2000 (Código Procesal Penal que gobernó este asunto), constituye un imperativo jurídico ordenar la cesación de procedimiento por prescripción en favor de OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ, respecto de la conducta punible de peculado por apropiación agravado (por la cuantía de \$1.856'386.386,06) en modalidad tentada, que le fue atribuida con base en el **acta de conciliación N° 158** de 23 de diciembre de 1998, cuyo pago se ordenó con la **resolución 3352** de esa fecha, el cual no se hizo efectivo, pronunciamiento que la Sala adoptará en la parte dispositiva de esta sentencia.

12.2. No sobra señalar que el fenómeno extintivo en cuestión no alcanzó a configurarse respecto del procesado

RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ, a quien, entre los seis delitos de peculado por apropiación agravados por superar doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes de la época, uno fue en modalidad tentada; en concreto, el concerniente al acta de conciliación N°157 de 18 de diciembre de 1998, por valor de \$148'248.781,80, cuyo pago se ordenó, sin materializarse, con la resolución N° 3350 de 23 de diciembre de 1998, conducta para la que, entonces, también está prevista una pena máxima de prisión de dieciséis (16) años, diez (10) meses y quince (15) días.

Sin embargo, atendida la condición de servidor público en la que el citado enjuiciado obró en la suscripción de todas las actas de conciliación a él reprochadas, al tenor de lo previsto en el artículo 83, inciso quinto, de la Ley 599 de 2000 (Decreto Ley 100 de 1980, artículo 82), el plazo de prescripción debe incrementarse en una tercera parte —con lo cual se obtienen de nuevo 22 años y 6 meses—, y por lo tanto desde la ejecutoria de la acusación (20 de enero de 2011) a la fecha, no han transcurrido los diez (10) años que son necesarios para que se consolide la extinción de la acción penal por prescripción en la fase del juicio frente al prenombrado (Ley 599, de 2000, artículo 86, inc. 2°).

Por la misma razón anterior, la señalada causal de extinción de la acción penal tampoco se ha configurado respecto de MOSQUERA ASTORQUIZA, en relación con la *sui generis* atribución de peculado “*continuado en modalidad tentada*”, agravado por la cuantía, concerniente a veintidós actas de conciliación que suscribió y cuyo pago no se hizo efectivo.

13. Ahora sí, para entrar en materia, la apoderada del Estado denunció el fallo de segundo grado por “*interpretación errónea*” del artículo 32 numeral 10°, del Código Penal, pues entiende que como MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ fueron absueltos con base en que actuaron amparados en el principio de confianza y ello permitió al Tribunal concluir que obraron sin dolo, el fallador de segundo grado habría cometido el señalado yerro porque la exoneración estaría soportada, según la impugnate, en la norma que invoca como violada, contentiva de una causal de ausencia de “*culpabilidad*”, lo cual, en su criterio, no es procedente porque la aludida categoría (el principio de confianza) opera únicamente en el terreno de la tipicidad, según jurisprudencia de esta Sala (la cual no cita).

Además, de acuerdo con la recurrente, como MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ ostentaban

posición de garante frente al personal que los antecedió en la revisión y confesión de las actas de conciliación que se les reprocha, pues cada uno en su momento, al suscribirlas, actuó en representación de *FONCOLPUERTOS*, tal circunstancia por sí sola, al tratarse de una de las restricciones que ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia, impedía reconocer el principio de confianza con los alcances dados por el sentenciador de segunda instancia.

Los dos argumentos con los que está soportada la queja están condenados al fracaso.

13.1. Para empezar, en el asunto debatido el Tribunal, luego de establecer que se presentó una cadena de actuaciones ejecutadas por diferentes personas, la cual culminó en un hecho típico, examinó la intervención o conducta desplegada por MOSQUERA ASTORQUIZA y VÉLEZ SÁNCHEZ dentro de ese curso causal iniciado por terceros y concretado en la apropiación, de esos terceros, de caudales del Estado.

13.1.1. Respecto de MOSQUERA ASTORQUIZA consignó un análisis amplio y detallado de los medios de

prueba incorporados⁸, con base en los cuales encontró acreditado que en el ejercicio del cargo, (i) de acuerdo con los Decretos 1689 y 1982 de 1997, reguladores de la actividad del director de *FONCOLPUERTOS*, aquella tenía a su cargo una multiplicidad de tareas, entre las que estaba el pago del pasivo de la empresa; (ii) que para el desarrollo de esa específica labor y al encontrar a su llegada una gran cantidad de actas de conciliación firmadas por administraciones anteriores, las cuales hacían tránsito a cosa juzgada, así como más 17.000 procesos laborales en curso, de inmediato celebró una reunión con los peticionarios en la que los convenció de acceder a una revisión de esas acreencias.

Una vez plasmada esa concertación en un acta, (iii) expidió la Resolución 2778 de 25 de septiembre de 1998, en la que estableció los “...procedimientos y parámetros para la revisión de conciliaciones y liquidaciones de los pensionados y beneficiarios del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en Liquidación”; (iv) con base en el aludido acto contrató con las firmas externas “Fundación Creamos Colombia” y “Arthur Andersen”, la primera encargada del proceso de verificación y revisión del soporte fáctico y jurídico de las pretensiones transadas en las conciliaciones ya firmadas, así como las que estaban pendientes de concretar, y la segunda responsable

⁸ Sentencia de segunda instancia, páginas 86 a 100.

de la revisión o auditoría de los actos cumplidos por la primera.

Estableció el Tribunal también que *(v)* la primera de las citadas compañías empleó para la labor encomendada un staff de profesionales con amplia experiencia en temas laborales; *(vi)* que la procesada igualmente contrató la actualización o implementación de un programa o software que le permitiera a la referida empresa el cotejo de la información documental disponible en *FONCOLPUERTOS*, concerniente a las hojas de vida de los extrabajadores y la verificación de los pagos realizados a éstos durante su vinculación; e igualmente que *(vii)* para rodear de transparencia todo ese proceso y precaver situaciones irregulares solicitó el acompañamiento de representantes de órganos de control estatal, a saber, de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, además de solicitar a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, la creación de comisiones especiales de funcionarios de esas entidades para el conocimiento de las situaciones ilegales que fueran reportadas.

Por último, *(viii)* que MOSQUERA ASTORQUIZA durante el período que ejerció el cargo, llevó a cabo mensualmente

una reunión con la Junta Liquidadora para rendir cuentas de su gestión, y (ix) que, efectivamente, como lo reseñó aquella en sus descargos, además de las anteriores medidas, en las actas de conciliación resultantes de ese proceso, se incluyeron cláusulas por virtud de las cuales “*bajo la gravedad del juramento cada uno de los interesados expresaba que en ese momento no había una demanda por los mismos conceptos contra Foncolpuertos; segundo, que no había otorgado poder alguno a ningún abogado o lo revocaba; tercero, que bajo la gravedad del juramento declaraba que no había recibido suma alguna por ese mismo concepto y cuarto que si por alguna razón se encontraba posteriormente que alguna suma consignada en esa conciliación ya había sido pagada o pagada indebidamente, autorizaban a la entidad respectiva o competente para que descontara el valor correspondiente de sus mesadas pensionales*”.

Tras puntualizar ese contexto el Tribunal concluyó:

De lo anterior se extracta, que la procesada con el fin de cumplir la gestión que le fue encomendada en un tiempo aproximado de tres y medio meses, pues, el plazo para liquidar la empresa vencía el 31 de diciembre de 1998, y dada la complejidad de los asuntos por resolver, desplegó múltiples actividades, entre ellas la contratación con la Fundación Creamos Colombia para agilizar dicho proceso, con quienes conformó una mesa de trabajo de la que hicieron parte expertos laboristas entre los que se encontraba Manlio Joaquín Lafont Herrera y algunos liquidadores que estaban vinculados a la empresa, quienes tenían bajo su responsabilidad, además de otras cuestiones, verificar la legalidad de las actas y documentos anexos, de una gran cantidad de conciliaciones que al arribar a la empresa encontró pendientes

de pago y habían sido suscritas por el anterior director Salvador Atuesta Blanco.

Así mismo, con el propósito de ejercer total control y evitar errores o actos indebidos en desarrollo de esa labor, requirió el apoyo de entidades como la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez delegadas las tareas, en ninguna de esas diligencias previas participó la acusada, pues, aparte de que no le era posible asumir sola semejante carga de trabajo que implicaba, como expuso, examinar cada uno de los acuerdos que posteriormente firmaría, no contaba con los conocimientos específicamente en lo que atañía a las Convenciones Colectivas de Trabajo, precisas razones que la llevaron a buscar los referidos apoyos con resultados que, a su juicio, fueron muy positivos en la medida en que se hallaron inconsistencias que redujeron considerablemente los montos a cancelar a los beneficiarios por parte de la empresa, circunstancias por las que confió en la labor realizada por la comitiva liderada por el abogado en mención⁹.

(...)

En ese orden de cosas, advierte la Sala, sin que obre prueba en contrario, que la aludida procesada confió en esas comisiones, limitándose sólo a estampar su rúbrica en los cuestionados convenios bajo la convicción de que el equipo de trabajo [estaba] integrado por personal idóneo, profesionales en derecho, expertos en la materia y con los conocimientos necesarios para adelantar los análisis respectivos, con quienes de manera periódica realizaba reuniones para empaparse de los adelantos de la gestión en cumplimiento del deber de vigilancia y custodia de los dineros del Fondo jurídicamente puestos a su disposición.

⁹ Sentencia de segunda instancia, página 91.

Es evidente entonces, que la inculpada se sujetó no solo a los estatutos de la entidad fijados mediante acuerdo 001 de 17 de marzo de 1993, sino a las pautas que ella misma implementó y organizó a nivel de la entidad para realizar la ardua tarea que se le había encomendado: terminar con la supresión de la empresa, al tiempo que también adoptó las precauciones para el manejo adecuado de los recursos públicos, tendientes a evitar la producción de un resultado dañoso como el que da cuenta la actuación.

Con tal fin, entre otras actividades, con relación a las conciliaciones que a su arribo a la empresa encontró pendientes de sufragar, concertó con los ex portuarios que antes de proceder a su cancelación, serían sometidas a revisión por parte de dicha comitiva, sin perjuicio de que los valores estipulados resultaran inferiores y corresponderían a los que finalmente se pagarían, pacto que se plasmó en un acta de compromiso de 18 de septiembre de 1998. Igualmente, por Resolución 2778 del día 25 siguiente, la prenombrada, fijó los parámetros para llevar a cabo esos estudios.

De conformidad con estos elementos de juicio, se observa en principio, pues ello no fue desvirtuado, que MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA aplicó los procedimientos existentes y además diseñó otros con el fin de que su proceder, que implicaba la gran responsabilidad de autorizar el pago de considerables sumas de dinero que el Estado por razón de sus funciones puso a su disposición, estuviese acorde a las reglas legales, sin que se aprecie en su actuar la presencia de algún interés para sí o para terceros, de esquilmar dichos bienes.

Siendo ello así, aunque la encausada, como gerente de la compañía, solo ejecutó la etapa final de suscripción de las

conciliaciones y resoluciones de pago, de acuerdo con los elementos suasorios incorporados a la actuación, resulta claro, que partió de la confianza y buena fe que depositó en sus colaboradores y en los controles que, por solicitud de ella misma, se ejercieron sobre esa labor, en especial, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la, República, llevando a cabo así un trabajo que, según el conocimiento que esta Corporación tiene sobre los procesos relacionados con el tema de Foncolpuertos, ningún otro directivo, de los que también intervinieron en la liquidación de la empresa, adelantó¹⁰.

(...)

En este caso, la actividad desarrollada por MOSQUERA ASTORQUIZA, según se demostró, ocurrió en ese plano distributivo de tareas dentro de una mesa de trabajo conformada por ingenieros de sistemas, liquidadores y expertos laboristas que examinaron la situación de los pensionados y prepararon los documentos que finalmente habrían de ser signados por esta, a quien en ese orden de ideas, lo más que le competía era verificar que los pasos antecedentes se hubiesen cumplido, pero no confrontar una vez más el contenido de lo ejecutado o conceptuado, labor que obedecía a competencias y conocimientos que habían sido delegados en otros, prevalida de los actos de dirección y control de las actividades que ostentaba¹¹.

(...)

En ese entorno, puede afirmarse que en el presente juicio operó el principio de confianza, pues la encartada estaba en posición de esperar que los funcionarios que tuvieron injerencia en una u otra forma en el proceso de elaboración y revisión de las operaciones matemáticas y conciliaciones, observaran las reglas, así como la ley y la Convención Colectiva que con ocasión de esa obligación debían acatar, conforme al imperativo legal y diligencia que debe

¹⁰ Sentencia de segunda instancia, páginas 95 y 96.

¹¹ Sentencia de segunda instancia, página 98.

*guardar cualquier trabajador en cumplimiento de su deber, con mayor razón el servidor público, para el caso quienes estaban vinculados directamente con la compañía, en ejercicio de su función*¹².

(...)

*Bajo estas circunstancias, no es posible deducir que el actuar de la procesada, pese a ser determinante en el resultado típico, tenga una connotación dolosa, esto es, la intención de esquilmar el erario, como somera y apresuradamente lo concluyó el a quo o, cuando lo consideró como un “dolo morigerado”, a partir de ese solo comportamiento...*¹³

(...)

*En síntesis, el Juez erró en sus valoraciones probatorias al indicar que los medios de prueba confluían a señalar a la encartada como responsable del delito de peculado por apropiación, porque privilegió la conducta objetiva, desestimando el contexto y circunstancias en las que se expidieron los documentos objeto de censura, que impiden predicar el compromiso doloso de la procesada en el resultado lesivo a la administración pública; en contraste, el examen hecho en precedencia la muestran como una administradora cuidadosa, que actuó conforme a las pautas señaladas por la empresa y por ella misma y confió en las verificaciones de las revisiones y operaciones que realizaban sus colaboradores (...)*¹⁴.

13.1.2. Acerca del obrar reprochado a VÉLEZ SÁNCHEZ, el Tribunal destacó que, con base en las pruebas allegadas¹⁵, aquél como secretario general de FONCOLPUERTOS, estuvo presente en la reunión celebrada

¹² Sentencia de segunda instancia, páginas 98-99.

¹³ Sentencia de segunda instancia, página 99.

¹⁴ Sentencia de segunda instancia, página 100.

¹⁵ Sentencia de segunda instancia, páginas 101 a 103.

por MOSQUERA ASTORQUIZA con los extrabajadores que tenían actas de conciliación pendientes de cancelar y supo de la Resolución 2778 de 25 de septiembre de 1998, con base en la cual se estableció el procedimiento para la revisión de esos documentos y se conformó un equipo de trabajo especializado, liderado por un experto en derecho laboral, que se encargó de las actividades de revisión y verificación, dentro de las cuales ninguna función de constatación correspondía desarrollar al citado procesado.

En cuanto a las seis actas en las que el pliego de cargos estructuró la atribución como “*coautor*” del concurso de delitos contra el patrimonio del Estado, señaló el fallador de segundo grado que el obrar de éste se limitó a suscribir los respectivos documentos a raíz de la delegación que mediante poder le hizo su superior para ese específico fin, actividad que cumplió sin ninguna prevención porque, “*dados los procedimientos previos de verificación que se realizaban por un grupo de expertos en la materia, de lo que él tenía conocimiento, confió que estaban ajustadas a la legalidad, cumpliendo de esa manera, como él lo advierte, con una formalidad administrativa que le fue encomendada, sin que le correspondiera la tarea de hacer una comprobación extrema de cálculos numéricos y de revisión de los documentos respectivos, porque ello ya se había ejecutado*”¹⁶.

¹⁶ Sentencia de segunda instancia, página 102.

De ahí que, concluyó el Tribunal, “*sin más consideraciones que las expuestas al tratar la situación de MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA, para evitar repeticiones innecesarias, ... respecto del implicado RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ también operó el principio de confianza al momento de incurrir en el hecho ilícito, que lo exime del compromiso penal en este asunto*”¹⁷.

13.2. Reconstruido en los anteriores términos el análisis plasmado por el fallador de segundo grado respecto de la situación de los aludidos procesados frente a los hechos debatidos, encuentra la Sala que la aplicación del principio de confianza para su exoneración, soportado en los presupuestos fácticos decantados, los cuales, atendida la vía de censura seleccionada, no fueron atacados por la recurrente, no estructura el vicio denunciado.

13.2.1. De entrada, conviene resaltar que el principio de confianza, constituye un criterio determinador del deber de cuidado dentro de la llamada teoría de la imputación objetiva, en la cual, en lugar de parámetros de imputación naturalísticos, la atribución de una hipótesis típica se fundamenta en pautas normativas, entre las que están, justamente, el deber de cuidado, la existencia de riesgos

¹⁷ Sentencia de segunda instancia, página 103.

asumidos por el sujeto o impuestos por el ordenamiento jurídico, la delimitación social de roles en diversos círculos o ámbitos de organización (especialmente en la producción de bienes o servicios), y el principio de auto responsabilidad, entre otros.

Atendiendo el fundamento filosófico de esa construcción dogmática de la teoría del delito, la misma está orientada a explicar o a sustentar cómo dentro de la diversidad de cursos causales, aquellos que se concretan en un resultado lesivo de un interés sólo pueden ser cargados a una persona cuando el respectivo curso es su obra o, en otras palabras, siempre que la conducta del sujeto haya creado un riesgo de lesión jurídicamente desaprobado que se materializa en un resultado típico.

Desde tal perspectiva y en tratándose del desarrollo de actividades con reparto de funciones el principio de confianza, como principio general del derecho, constituye un criterio normativo que permite valorar o desvalorar jurídicamente conductas conectadas o enlazadas, cuyo eventual resultado lesivo de un interés jurídicamente tutelado depende de la observancia del propio deber de cuidado en función del comportamiento de terceras personas, de cada una de las cuales se presume o se espera

que actúe de manera responsable y respetuosa frente a las normas que regulan la actividad.

Acerca de la ubicación dogmática del principio de confianza, un sector de la doctrina sostiene que “...quedará ubicado donde se analice la infracción del deber de cuidado al tratarse de un criterio de determinación de dicha infracción. Si ésta sólo se tiene en cuenta en el juicio de culpabilidad, el principio de confianza será un elemento de la culpabilidad. Si la infracción del deber de cuidado se tiene en cuenta ya como un elemento de la tipicidad —con independencia de la problemática de las capacidades especiales— el principio de confianza será un elemento de la tipicidad [...]; para los que consideren que el deber —objetivo— de cuidado es un elemento del tipo objetivo, el principio de confianza habrá de tenerse en cuenta en este ámbito doctrinal, mientras que los que [consideran] que la infracción del deber (en el delito doloso o en el delito imprudente) es un elemento de imputación personal que ha de analizarse en el ámbito de la tipicidad con posterioridad a la constatación del tipo objetivo [ubicarán] en este último lugar el principio de confianza”¹⁸.

13.2.2. Observadas las anteriores glosas, carece de trascendencia la discusión formulada por la censora en cuanto a que con base en el principio de confianza sólo es viable afirmar “la ausencia de la punibilidad por atipicidad de una

¹⁸ Feijoó Sánchez, BERNARDO. “EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO NORMATIVO DE IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL Fundamento y consecuencias dogmáticas”, pág. 71 y 72.

conducta antijurídica”, mas no sería posible, como lo hizo el Tribunal, “ubicarlo” en “sentido irrestricto e incondicional” en el “el terreno de la culpabilidad” al señalar que el actuar reprochado a los citados procesados estuvo “desprovisto de dolo e incluso más bien [fue] suficientemente precavido”.

La demandante no repara en que tal propuesta implica un debate acerca de si la negación o ausencia dolo es un problema que pertenece al tipo o a la culpabilidad, y que se resuelve o supera con idéntica consecuencia (pues se traduce en ausencia de responsabilidad: absolución) dependiendo de los conceptos finalista o causalista de la acción.

Para la primera construcción teórica el tipo penal doloso está compuesto por dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, en este último se ubica el dolo integrado por intelección y voluntad, es decir, el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la intención de llevarlos a cabo para concretar el correspondiente resultado descrito en la norma; la adecuación al tipo doloso supone, por lo tanto, armonía o correspondencia entre esos dos elementos. La culpabilidad para el finalismo es conocimiento de la antijuridicidad y reprochabilidad por el injusto.

De tal suerte que para el finalismo cuando el sujeto agente obra con desconocimiento de los elementos del tipo objetivo (ausencia de dolo), se está en presencia de un error (error de tipo), el cual si es invencible ocasiona atipicidad por desarmonía o incongruencia entre los elementos objetivo y subjetivo del tipo, mientras que si es vencible la conducta será típicamente culposa, siempre que así se encuentre prevista la ley. Cuando el sujeto obra con error sobre la antijuricidad (error de prohibición) se está ante un problema de culpabilidad, si el error es vencible reduce el juicio de reproche y por tanto la punibilidad, pero si es invencible, la conducta es típica, antijurídica, pero inculpable.

En el causalismo no se hace esa distinción porque el dolo no pertenece al tipo, sino a la culpabilidad, y comprende no solo el conocimiento acerca de los elementos constitutivos del injusto sino también acerca de la efectiva contradicción de la acción con el orden jurídico: la antijuricidad. Por consiguiente, el error acerca de una u otra de esas categorías, si es vencible, hace la conducta culposa, en tanto que, si es invencible, elimina el dolo y de contera la culpabilidad. El error es siempre un problema de culpabilidad.

De acuerdo con lo anterior, como el contexto en el que opera el principio de confianza supone que el sujeto agente

no conoce o no sabe que se encuentra realizando una conducta tipificada por la ley penal y por lo tanto no quiere su realización (no actúa con dolo), pues está convencido de que su obrar es conforme a derecho y que quienes han intervenido en la concreción del resultado también actuaron con igual respeto del ordenamiento jurídico, se estructura la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el artículo 32, numeral 10, de la Ley 599 de 2000, la cual descarta el dolo, como en este asunto lo reconoció el Tribunal, sin que sea necesario entrar a debatir, desde una perspectiva final o causal de la acción, si ello originó atipicidad o inculpabilidad.

13.2.3. Ahora bien, tampoco es afortunado el otro argumento relativo a que el Tribunal soslayó que en el presente asunto concurrían las restricciones señaladas en la jurisprudencia que impiden, según la recurrente, el efectivo reconocimiento del principio de confianza, porque MOSQUERA ASTORQUIZA, en su condición de titular de la dirección de *FONCOLPUERTOS*, y VÉLEZ SÁNCHEZ, al intervenir en los puntuales actos para los que fue autorizado por aquélla, tenían por obligación desarrollar personalmente y bajo su responsabilidad las liquidaciones reconocidas en las conciliaciones, además que debido a la misma función ostentaban posición de garante de las labores que para tal

efecto cumplieron aquellos en quienes confiaron la ejecución de las respectivas tareas.

La reflexión expuesta por la demandante no es más que una reiteración del criterio objetivo con el que en primera instancia se concluyó la responsabilidad de los dos aludidos procesados, el cual, con base en el contexto decantado, fue explícitamente rechazado en segunda instancia por constituir una inaceptable afirmación de responsabilidad objetiva, proscrita en el ordenamiento jurídico.

Tal y como lo advirtió el Tribunal, ni la formación académica y experiencia profesional de los citados procesados, como tampoco el solo y simple hecho de las responsabilidades inherentes al cargo o función que desempeñaban en la entidad pública, los hace responsables, *per se*, del resultado materializado con ocasión de la actividad compartimentada y compleja que ellos lideraban.

De acuerdo con el análisis del fallador de segundo grado en relación con la situación de los citados procesados, si bien es cierto el ordenamiento jurídico les imponía el deber de custodia del erario con el correlativo riesgo de lesión, también es verdad que para afirmar la desatención dolosa de esa obligación, era menester demostrar que los enjuiciados

incumplieron las tareas a ellos asignadas, lo cual, por el contrario, fue descartado por el Tribunal al constatar las medidas adoptadas por MOSQUERA ASTORQUIZA, plenamente conocidas por VÉLEZ SÁNCHEZ, desde su llegada a la dirección de *FONCOLPUERTOS*, tendientes a concluir en un improrrogable plazo de escasos tres meses la liquidación de la entidad y evitar las situaciones irregulares que en esa labor, es cierto, se venían presentando.

A este respecto el Tribunal en su análisis destacó cómo los actos de disposición materializados por los acusados, fueron el resultado de la facultad, también legal, de delegar en subalternos la labor de constatar el respaldo y fundamento de las pretensiones laborales, además que tal atribución (la de delegar) que no fue ejercida de manera temeraria o irreflexiva, vale decir, sin observar el deber de cuidado, sino previa selección de un equipo interdisciplinario de expertos y convocando la presencia, en las respectivas labores, de agentes de órganos de control Estatal para que, en el ejercicio de sus funciones, alertaran sobre eventuales irregularidades, proceder que les permitió confiar en que mediante ese esquema aseguraban la indemnidad del patrimonio público, y que por lo mismo evidenció ausencia de una finalidad consciente y voluntaria de lesionar el bien jurídico confiado.

La Corte, a pesar de que ha indicado que los efectos del principio de confianza pueden verse *restringidos* (no excluidos o prohibidos) en situaciones tales como: “(i) Cuando la ley establece expresamente a quien encomienda la labor, que lo haga bajo su responsabilidad; (ii) en los eventos en que existe división de trabajo y el que dirige la tarea dentro del ámbito de sus competencias, es garante de que las personas a su cargo lo desempeñen correctamente; (iii) siempre que se incumple un deber y por ello, se transgrede el derecho”¹⁹, no ha señalado como regla objetiva y axiomática que siempre que se presente uno de esos supuestos aquél postulado sea inoperante, pues una afirmación de ese talante sería equivalente a una atribución objetiva de responsabilidad.

Por el contrario, de antaño tiene establecido que:

[La] *determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar que el dolo o culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la va a afectar*²⁰.

¹⁹ Cfr. CSJ. SP 5 de diciembre de 2011, rad. 35899.

²⁰ Cfr. CSJ. SP 3 de agosto de 2005, rad. 22901.

Y también, en tratándose de la delegación o reparto de funciones en el desarrollo de labores complejas, incluso en el seno de la Administración Pública, ha precisado la Sala:

[Es] cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Está implícita la división de funciones en los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades en equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida²¹.

Criterios que son aplicables al asunto debatido en armonía con el razonamiento jurídico consignado por el juez de segundo grado para el reconocimiento del principio de confianza, pues en las concretas condiciones en que se produjeron los hechos materia de este asunto, es claro que ninguno de los dos referidos procesados desatendió sus

²¹ Cfr. CSJ. SP 21 de marzo de 2002, rad. 14124, análisis reiterado en SP 10 de agosto de 2005, rad. 21489, y citado en el fallo objeto de censura.

deberes funcionales para exponer el erario a un riesgo intolerable, por el contrario las medidas que se adoptaron, de las cuales da amplia explicación el fallo impugnado, revelan que en virtud de ellas, no les asistía un interés protervo de favorecer desviados interés de terceros, sino el evidente ánimo de preservar el patrimonio de la entidad pública, con la aspiración de blindarlo de pagos exagerados o indebidos, y tanto es así, como se reconoce en las instancias, que por virtud del esquema implementado en la revisión de conciliaciones ya acordadas y en el estudio de las peticiones pendientes, se evitó el pago de prestaciones prescritas, se excluyeron otros rubros improcedentes y se redujo considerablemente el valor de las respectivas pretensiones (aspecto expresado también en un informe de la Contraloría²²).

Por lo demás, tampoco es posible razonar, como lo hace la demandante apartándose de las exigencias de la vía de ataque seleccionada y haciendo eco de las generalizaciones hechas en la acusación y en el fallo de primer grado, en cuanto a que para la época en que los enjuiciados desempeñaron sus cargos en la empresa (en los últimos tres meses del año 1998), los fraudes cometidos contra la compañía eran “*grandemente conocidos*”, pues tal conclusión indefectiblemente está sustentada en un conocimiento ex

²² Sentencia de primera instancia, página 40.

post, extraído de los resultados que solo con ocasión de la propia investigación fue posible develar, el cual, incluso ha sido transmitido con claridad a la opinión pública tiempo después de los hechos aquí debatidos, en decisiones de tutela, o de la misma justicia penal o de autoridades laborales.

A este respecto importa destacar que la revisión de las consideraciones, no solo de la sentencia de segunda instancia, sino también las de primera, e incluso las consignadas en el pliego de cargo, permite observar que la alegada, por la censora, “*evidente ilegalidad*” de las prestaciones conciliadas en las respectivas actas está soportada en citas de fallos judiciales de la jurisdicción laboral muy posteriores al desempeño de los cargos por parte de los dos referidos procesados, con los cuales se corrigieron o se aclararon criterios de liquidación que, justamente, habían sido acuñados o habían “*hecho carrera*” en la entidad con base en decisiones espurias de jueces y otros funcionarios que inescrupulosamente se prestaron al desfalco ocurrido en *FONCOLPUERTOS*.

Frente a un supuesto semejante, cabe recordar lo precisado por la Corte en una decisión reciente, ligada al escándalo de corrupción que campeo la aludida entidad:

[I]ndependientemente de las discusiones dogmáticas que se generen por el camino de teorías clásicas o fundadas en la llamada imputación objetiva, es lo cierto que algo de racionalidad deben contener las decisiones judiciales para que no aparezcan apenas como criterios generales o políticos fruto de determinada situación o momento.

Ello para significar que, si bien, respecto de los desfalcos de Foncolpuertos han sido expedidas ingente cantidad de sentencias en la cuales se devela cómo se coaligaron personas con funcionarios públicos de diferente estirpe, incluidos, desde luego, jueces, para de manera ilegal defraudar a la empresa en liquidación, ello no puede constituir sustento suficiente para que, sin más, deba condenarse de manera indiscriminada a todo quien haya intervenido de alguna forma en estos procedimientos, pues, se repite, no necesariamente los vinculados en los mismos tienen por qué haber actuado de manera dolosa o siquiera culposa.

De lo contrario, como ya se anotó, empieza a hacer carrera una odiosa uniformidad que, en últimas, ejemplifica a la perfección la utilización indebida del concepto, se supone expurgado, de responsabilidad objetiva²³.

En conclusión, el único cargo propuesto por la apoderada de la Parte Civil por violación directa de la ley sustancial no prospera.

²³ Cfr. CSJ. SP16915-2017, 18 de octubre de 2017, rad. 48321.

14. Resuelto lo anterior, corresponde ahora a la Sala pronunciarse acerca del problema jurídico implicado en los reproches principales de las demandas presentadas por los apoderados de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ.

Ambos impugnantes coinciden en que como MOSQUERA ASTORQUIZA no fue incitada por sus defendidos para actuar de manera antijurídica al reconocer las prestaciones laborales reclamadas y concretadas en las actas de conciliación atribuidas a aquéllos, no podía el juzgador de todas formas endilgar a PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ la condición de determinadores del delito de peculado por apropiación, justamente, por ausencia de participación del sujeto activo calificado que tenía la facultad dispositiva de los caudales públicos y que, de contera, permitía la adecuación del comportamiento al señalado injusto.

Desde tal perspectiva sostienen que sí, como se asegura en el fallo de segundo grado, el fundamento de los requerimientos presentados en favor de los ex portuarios para promover las respectivas conciliaciones es injustificado y artificioso, la conducta punible en la que habrían incurrido los encausados no es la atribuida en el pliego de cargos, sino la de fraude procesal, motivo por el que consideran que la

Fiscalía incurrió en errónea calificación de la conducta y que en consecuencia debe decretarse la nulidad del pliego de cargos para que sean acusados por el delito que corresponde.

Frente a tal propuesta, la Corte advierte que la misma sólo es afortunada en forma parcial y en relación a uno de los comportamientos a PEÑA GONZÁLEZ como determinador de varios delitos de peculado por apropiación, como ahora pasa a explicarse.

14.1. Impera destacar que, de los tres delitos de peculado por apropiación, agravados por la cuantía, que con sujeción al pliego de cargos se mantienen incólumes con relación a PEÑA GONZÁLEZ (en el peculado agravado en modalidad tentada se extinguió la acción penal por prescripción —supra 12.1—), solo respecto de uno de ellos tiene la relevancia alegada por el defensor del citado, el hecho de que MOSQUERA ASTORQUIZA haya obrado en error, por virtud del principio de confianza, en el reconocimiento de las respectivas prebendas.

Concretamente, se trata del acta N°57 del 25 de noviembre de 1998, suscrita por MOSQUERA ASTORQUIZA, mediante de la cual de manera directa concilió en favor de quince ex portuarios representados por PEÑA GONZÁLEZ, el

pago de \$174'661.925,36, por concepto de acreencias laborales carentes de fundamento, suma cuyo pago se ordenó en la resolución N° 3251 del 16 de diciembre del mismo calendario.

Para atribuir esa conducta bajo la hipótesis de peculado por apropiación al procesado PEÑA GONZÁLEZ, en calidad de determinador, era requisito condición que un sujeto activo calificado, esto es quien reuniera las condiciones que demanda el tipo, fuera el que consciente y voluntariamente (con dolo) hubiese aceptado, expresa o tácitamente, la inducción a cometer la apropiación de caudales del Estado y que, en efecto, al menos, iniciara actos idóneos para la consumación de ese fin.

Sin embargo, en ese específico caso, el referido requisito sustancial de tipicidad, predicado en la acusación y acogido en el fallo de primer grado, sobre la base de una aparente *connivencia dolosa* entre el aludido abogado y la entonces directora de FONCOLPUERTOS, MOSQUERA ASTORQUIZA, desapareció debido a los fundamentos de la absolución de la última, amparados, se destaca, por la presunción de acierto y legalidad de la sentencia de segunda instancia.

Por manera que si, entonces, el desembolso de los respectivos caudales públicos fue posible porque erradamente los funcionarios que intervinieron en su reconocimiento, entre ellos, fundamentalmente, la aludida procesada quien emitió los actos dispositivos, creyeron que las pretensiones eran legítimas y gozaban de respaldo fáctico y jurídico, sin ser ello así, un tal comportamiento ya no puede hallar adecuación en el tipo penal endilgado, sino en los de fraude procesal²⁴ y estafa agravada²⁵, frente a los cuales, atendidas las penas máximas de prisión señaladas para los mismos en la legislación vigente al tiempo de su ejecución, la acción penal ya habría prescrito²⁶: para el primero antes de cobrar ejecutoria (el 20 de enero de 2011) la acusación y para el segundo con posterioridad a la aludida fecha.

Luego es en ese sentido y con relación a ese preciso comportamiento que resulta airosa la propuesta hecha en el cargo principal de la demanda suscrita por el defensor de PEÑA GONZÁLEZ, decisión que, en consecuencia, adoptará la Sala en la parte dispositiva de esta sentencia.

²⁴ Decreto Ley 100 de 1980 artículo 182, preveía una pena máxima de 5 años de prisión.

²⁵ Ibidem, artículos 356 y 372, núm. 1., los cuales consagraban una pena máxima de 15 años de prisión.

²⁶ Ley 600 de 2000, artículos 38 y 39.

14.2. No ocurre lo mismo en relación con las otras dos conductas de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, atribuidas a PEÑA GONZÁLEZ y la única que gravita en cabeza de CUNDUMÍ DÍAZ.

En efecto, en el pliego de cargos y en los fallos de primero y segundo grado en forma expresa se puntualiza que los respectivos comportamientos se materializaron de la siguiente manera:

(i) De acuerdo el acta N° 028 del **11 de septiembre de 1997** PEÑA GONZÁLEZ, en representación de 23 extrabajadores de *FONCOLPUERTOS*, **concilió** con un representante de esa entidad —Mario Mateus Vargas, en época en que su director general era Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez—, el pago de \$577'499.165,77 por concepto de prebendas laborales a la postre ilegítimas, cuyo pago se materializó mediante la resolución N° 477 del **13 de abril de 1998** — fecha en la que el director general era Salvador Atuesta Blanco—.

(ii) El 3 de agosto de 1998, a través del acta N° 005, PEÑA GONZÁLEZ, en representación de 107 extrabajadores de *FONCOLPUERTOS*, **concilió** con un representante de esa entidad —Josefina Casas Rodríguez, en época en que su director general era **Salvador Atuesta Blanco**—, el pago de

\$4.378'135.189,50 por concepto de prebendas laborales que, como luego se acreditó, carecían de fundamento; empero, como antes del desembolso entró a desempeñar el cargo de Directora General de la estatal MOSQUERA ASTORQUIZA — quien se abstuvo de proceder de conformidad y en su lugar planteo un esquema para revisar esa clase de títulos concretados en la administración anterior—, los derechos reconocidos se renegociaron parcialmente a través del acta N°56 del 18 de noviembre de 1998, suscrita por la antes citada, en la cual se ordenó pagar en favor de 50 de los originales solicitantes \$529'808.445,38, acreencia cancelada con la resolución N° 3149 del 25 del mismo mes (respecto de otros 55 extrabajadores, en el acta N° 158 de 23 de diciembre de 1998 se accedió a pagar \$1.856'.386.386,06, lo cual no se concretó, comportamiento por el que prescribió la acción penal —supra 12.1—).

(iii) Finalmente, el 14 de agosto de 1998, a través del acta N° 281, CUNDUMÍ DÍAZ, en representación de 9 extrabajadores de FONCOLPUERTOS, **concilió** con un representante de esa entidad —Juan Bernardo León Galindo, en época en que su director general era **Salvador Atuesta Blanco**—, el pago de \$604'538.807 por concepto de acreencias laborales que igualmente, como luego se acreditó, carecían de fundamento; empero, como antes del desembolso entró a desempeñar el cargo de Directora General de la estatal MOSQUERA ASTORQUIZA —quien se abstuvo de proceder de

conformidad y en su lugar planteo un esquema para revisar esa clase de títulos concretados en la anterior administración —, los derechos reconocidos se renegociaron parcialmente a través del acta N°162 del 23 de diciembre de 1998, suscrita por la antes citada, en la cual se ordenó pagar a los solicitantes \$506'138.323,13, suma cuya satisfacción se ordenó con la resolución N° 3337 de la misma fecha.

14.2.1. De acuerdo con lo anterior, resulta palmario que respecto del primero de los aludidos comportamientos, ninguna incidencia tiene el reconocimiento del error exculpante en el que obró MOSQUERA ASTORQUIZA, dado que la calidad de determinador endilgada a PEÑA GONZÁLEZ por ese específico proceder lo fue en relación con los funcionarios de *FONCOLPUERTOS* con los que concilió y obtuvo el pago efectivo de las respectivas prestaciones laborales indebidas, más no con la citada procesada, pues para la época de tales sucesos aquélla no tenía relación o vínculo con la empresa estatal.

Es más, en la sentencia de segunda instancia expresamente, por la aludida razón, fue excluida de cualquier reproche la procesada MOSQUERA ASTORQUIZA²⁷.

²⁷ Fallo de segundo grado, página 61.

Y, de remate, como en la queja principal expuesta en la demanda presentada en nombre de PEÑA GONZÁLEZ, el censor no se ocupó de cuestionar por vía de la causal alegada, que la respectiva declaración de responsabilidad por ese comportamiento se encontrara viciada por irregularidad alguna, la Corte, atendiendo el carácter rogado y el principio de limitación inherentes a este mecanismo extraordinario de impugnación, no puede adelantar cualquier análisis de fondo de la respectiva situación fáctica desde la arista de la errónea calificación aupada por el recurrente.

14.2.2. La discusión, entonces, está concentrada en relación con los otros dos comportamientos enmarcados en las circunstancias fácticas y temporales atrás precisadas.

Con miras a resolver la discrepancia importa señalar que, en términos generales, un acta de conciliación es un *acto jurisdiccional*²⁸ que contiene una obligación expresa, clara y exigible, y acerca de su relevancia esta Sala²⁹ tiene dicho que de acuerdo con el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo (Decreto ley 2158 de 1948, vigente para la época de los hechos), la conciliación es un mecanismo en el que se prevé la

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-893 de 2001.

²⁹ Cfr. CSJ. SP9235-2017, 28 de junio de 2017, rad. 49020.

posibilidad de que, previo a presentar la demanda, sean conciliados “*ante el juez competente o ante el Inspector de Trabajo*” los derechos en controversia, acuerdo que según el artículo 78 de la misma codificación, debe consignarse en un acta que “*tendrá fuerza de cosa juzgada*”.

A su turno, en la misma dirección, también ha precisado la Corte, que el artículo 4° del Decreto Ley 2651 de 1991 (en vigor en tiempo de los sucesos) señalaba que el procedimiento de conciliación concluye con la firma del acta contentiva del acuerdo, “*la cual hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo*”, de suerte que a ese instrumento se incorporan los derechos subjetivos del beneficiario, quien queda facultado para demandar su cumplimiento por vía coactiva.

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

Lo anterior para significar que, en el presente evento, en lo referente a los supuestos fácticos (ii) y (iii) atrás decantados (supra 14.2.), la calidad de determinadores de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ opera en relación con los funcionarios representantes de FONCOLPUERTOS con los que originalmente los referidos procesados se coaligaron para conciliar, sin fundamento, determinadas prebendas laborales, vale decir con quienes suscribieron las iniciales actas de conciliación números 005 y 281 del 3 y 14 de agosto de 1998, respectivamente, instrumentos que, *per se*, atendida su naturaleza jurídica, ya eran idóneos para el menoscabo del erario, esto es, constituían actos de disposición jurídica con los que se actualizó el tipo penal de peculado por apropiación.

La intervención posterior de MOSQUERA ASTORQUIZA, no modificó, como no podía hacerlo, el carácter vinculante de las prestaciones —aunque espurias— reconocidas en las señaladas actas, pues el pacto que aquella celebró con los reclamantes y sus abogados al inicio de su gestión, no implicaba dejar sin efecto el carácter de cosa juzgada inherente a los acuerdos conciliatorios rememorados, sino permitir su revisión para la eventual corrección de irregularidades o imprecisiones, lo cual permitió la reducción de los valores inicialmente transados,

más no determinó la concesión de prebendas laborales diferentes a las ya conciliadas, signadas, como lo estableció la investigación, por una clara ilegitimidad.

Lo anterior, es necesario precisar, no contradice los fundamentos de la absolución ordenada en favor de MOSQUERA ASTORQUIZA, dado que los actos que a ella se le reprochan aun cuanto permitieron el agotamiento de los delitos de peculado por apropiación en bienes, resultaron irrelevantes para la atribución de responsabilidad penal, dado que esas actuaciones las llevó a cabo amparada en el principio de confianza, tal y como se analizó en la sentencia de segunda instancia y en otro capítulo de esta decisión, manteniéndose incólume la respectiva declaración.

Además, no sobra resaltar, que tampoco se desconoce con las reseñadas precisiones, el principio de congruencia entre acusación y fallo, pues en el pliego de cargos fue explícito el desarrollo factual de las conductas de peculado aquí aludidas, como igualmente la atribución de determinadores a los aludidos procesados, no únicamente en relación con MOSQUERA ASTORQUIZA, sino “*entre otros*”³⁰ funcionarios que tuvieron injerencia en el reconocimiento de

³⁰ Resolución de acusación, página 126.

indebido de las prestaciones laborales por aquellos postuladas.

En la referida pieza procesal (la acusación), incluso desde el inicio de las consideraciones, se aclaró que Salvador Atuesta Blanco, bajo cuya administración se concretaron las actas de conciliación números 005 y 281 del 3 y 14 de agosto de 1998, fue vinculado a la investigación por esos supuestos facticos y por los concernientes a las demás actas que durante su dirección dejó pendientes de pago y que fueron objeto de ulterior revisión por MOSQUERA ASTORQUIZA, hechos por los cuales el citado se acogió a sentencia anticipada y fue condenado el 28 de noviembre de 2008 en el Juzgado Primero de Descongestión de Foncolpuertos, como autor de peculado por apropiación, en una cuantía cercana a los quinientos mil millones de pesos³¹.

Así mismo el pliego de cargos y las sentencias de primera y segunda instancia, consignaron el respectivo estudio probatorio con el fin de ilustrar las razones por las cuales las referidas actas de conciliación que databan de la administración de Atuesta Blanco, habían reconocido prebendas laborales injustificadas, predicando de ello la

³¹ Ídem, páginas 21 y 22.

ilegalidad de esos actos, condición que reputaron también de las que luego expidió MOSQUERA ASTORQUIZA, sobre la base de que *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*.

Las anteriores reflexiones constituyen razón suficiente para concluir la improsperidad del cargo principal común a las demandas presentadas por los defensores de PEÑA GONZÁLEZ y CUNDUMÍ DÍAZ respecto los comportamientos delimitados en el punto 14.2., de esta decisión, censura que sólo parcialmente y con los efectos señalados en el punto 14.1., será acogida respecto del primero de los citados procesados.

15. En cuanto a los dos cargos subsidiarios expuestos en la demanda presentada en nombre del procesado PEÑA GONZÁLEZ, con base en la violación directa de la ley sustancial, la Sala advierte que las quejas deben ser desestimadas.

15.1. Por la comentada vía de ataque el recurrente plateó el desconocimiento del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 7° de la Ley 600 de 2000.

Debió entonces el censor, con observancia de las exigencias propias de la violación directa, desarrollar una

crítica de estricto orden jurídico para demostrar cómo, pese a que en la decisión cuestionada se habrían hecho afirmaciones acerca de circunstancias dudosas que debían resolverse en favor del procesado, se dejó de aplicar el aludido precepto.

Sin embargo, ese no fue el derrotero seguido por el censor, ya que, en lugar de un ejercicio semejante, limitó su argumentación a destacar la ausencia de prueba en la actuación que sustentaran el conocimiento y voluntad del procesado de llevar a cabo la conducta punible por la que fue condenado.

Una tal disertación evidencia abandono de la senda inicialmente seleccionada para refutar el fallo e incursión en una causal distinta e incompatible, a saber: la violación indirecta de la ley sustancial, con base en potenciales falsos juicios de existencia por suposición de los medios de acreditación del dolo con el cual obró el procesado.

Sin embargo, desde esa arista, única desde la que puede atribuírsele un sentido medianamente riguroso a la queja, el cuestionamiento no tiene vocación de éxito, ya que contrario a la superficial afirmación del recurrente, la sentencia de

segunda instancia —lo mismo que el fallo de primer grado—, es prolija en la cita y valoración de los medios de persuasión con los que halló soportada la tipicidad subjetiva de la conducta punible.

A ese respecto impera indicar que el Tribunal dedujo ese elemento, en primer lugar, sobre la base de que el procesado no podía ignorar, por ser de público conocimiento, el estado de desgüeño administrativo y rampante corrupción que campeaba en *FONCOLPUERTOS* para la época en que elevó las solicitudes tendientes a conciliar prebendas laborales de un considerable número de extrabajadores (más de 100); en segundo término, de las pueriles explicaciones del acusado sobre la forma como, supuestamente, contactó a esos clientes, pese a estar ubicados en ciudades distintas y distantes, en las que no era habitual su ejercicio de la profesión; de otra parte, de las declaraciones de algunos de esos poderdantes (Giovanny Castro, Regina Olaya, Miguel González, Francisco Urrutia y Tomas Portocarrero), quienes tampoco supieron dar explicación clara de la forma en que fueron contactados por el aludido abogado, cómo llegaron a ellos los poderes para que él los representara, aceptando todos de consuno que no tuvieron trato personal y directo con aquél, sino esporádicamente por teléfono; y finalmente, con base en

la formación y experiencia profesional del acusado, por cuya virtud no estaba excusado de estudiar y corroborar el respaldo de las pretensiones que iba a reivindicar, máxime cuando se trataba de sumas considerables.

Tales medios de convicción aparecen citados y sopesados en la decisión replicada³², motivo por el que carece de fundamento la queja sobre inexistencia de prueba que permita afirmar el obrar doloso del acusado, sin que pueda la Corte adentrarse en otro tipo de análisis, atendido el principio de limitación y el carácter rogado, dado que el recurrente no aludió la configuración de más yerros de estimación probatoria, deviniendo en consecuencia la improsperidad de la queja.

15.2. En el último cargo el censor postuló la indebida aplicación del inciso primero del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, y la falta de aplicación del inciso cuarto del mismo precepto, pues considera que la imputación como determinante fue equivocada, ya que como en el delito por el que fue condenado la conducta debe ser ejecutada por un sujeto activo calificado, al no ostentar su representado la

³² Sentencia de segunda instancia, páginas 106 a 110.

respectiva calidad, la pena que le correspondía era la del interviniente.

Reproche, tal y como lo destacó el Delegado del Ministerio Público, está condenado al fracaso, pues abundante ha sido la doctrina y la jurisprudencia al precisar que el descuento punitivo previsto en la norma acusada para el interviniente, es viable sólo en aquellos casos en que, en un delito de sujeto calificado, la acción descrita por el verbo rector es ejecutada con éste por una persona que no cumple o no tiene la correspondiente condición.

En el asunto examinado al procesado PEÑA GONZÁLEZ no se le atribuyó haber ejecutado actos de disposición de bienes del Estado sencillamente porque aquél carece de esa atribución funcional. Lo endilgado en la acusación y en los fallos, fue determinar a quién ostentaba esa facultad a realizar actos de disposición de caudales públicos para permitir la apropiación de estos por parte de terceros.

Desde esa perspectiva, la pena impuesta al acusado, que es la correspondiente al autor material del delito de peculado por apropiación, fue acertada pues, también la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que en

tratándose del determinador de esa especie de delitos, no se requiere en éste la condición especial, no obstante, lo cual recibe la sanción prevista en la correspondiente norma para el autor material (como igual ocurre en los eventos de complicidad, pero con punibilidad atenuada).

16. Para terminar, las dos censuras subsidiarias propuestas por el defensor de CUNDUMÍ DÍAZ, igualmente serán desestimadas.

16.1. En el cargo primero subsidiario, con estribo en la causal primera, cuerpo primero, el demandante alegó la violación directa de la ley sustancial, en razón de dos aspectos o situaciones bien diferentes.

16.1.1. Sostuvo la falta de aplicación de las normas que, en vigencia de los hechos por los que fue juzgada su prohijada, regulaban el fenómeno de la prescripción de la acción penal (Decreto Ley 100 de 1980, artículo 80 y sucesivos), en relación con el delito de peculado por apropiación por el cual aquélla fue condenada.

La queja no tiene posibilidad de prosperar, pues está sustentada en la simple e intrascendente convicción del abogado, en el sentido de que la cuantía de la señalada

conducta delictiva, en el caso de su asistida, debe determinarse por la “*suma*” que por “*honorarios*” le fue pagada por el grupo de extrabajadores de *FONCOLPUERTOS* que ella representó.

Es claro para la Corte el desconocimiento del principio de objetividad por el demandante, en razón del cual un reproche como el postulado debe sujetarse a los hechos expresamente decantados y declarados en el fallo de segundo grado, pues en materia de la calificación jurídica de la conducta, en la que incide la circunstancia de agravación por la cuantía, es en ese acto jurisdiccional en el que se fijan los baremos definitivos para el cómputo de la prescripción.

Dado que en el asunto estudiado la procesada fue condenada, en armonía con la acusación, como determinadora de peculado por apropiación, agravado por superar doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes de la época de los hechos (agosto de 1998), la sanción máxima de prisión para ese comportamiento es de veintidós (22) años y seis (6) meses, lapso en el que prescribía la acción penal en la fase instructiva y que antes de la ejecutoria (el 20 de enero de 2011) del pliego de cargos no alcanzó a cumplirse, como tampoco, entre la aludida fecha y la de esta decisión,

han transcurrido los diez (10) años que son necesarios para la configuración del referido fenómeno en la etapa de la causa o juzgamiento (Decreto Ley 100 de 1980, artículos 80, 83, 84 y 133 modificado por el 19 de la Ley 190 de 1995/ Ley 599 de 2000, artículos 83, 84, 86 y 397).

16.1.2. La otra queja esgrimida dentro de la misma censura, consistió en el presunto desconocimiento de la garantía y prohibición de reforma peyorativa, la cual entiende conculcada con la orden del Tribunal de emitir copias de lo actuado ante la autoridad competente para que se establezca la procedencia de iniciar un proceso de extinción de dominio respecto de los bienes de CUNDUMÍ DÍAZ —y el otro procesado—

Respecto de tal inconformidad, baste con señalar que la aludida orden no equivale a la imposición de consecuencias punitivas más severas inherentes al delito cometido y diferentes a las fijadas en las instancias, sino que constituye un acto de impulso soportado en las atribuciones funcionales del fallador, tendiente a que otra autoridad, con sujeción a su competencia, determine la posibilidad de iniciar un trámite diferente previsto en el ordenamiento, en este evento la Ley 1708 de 2014.

Por lo demás, si el respectivo funcionario dentro de sus atribuciones encuentra mérito para proceder de conformidad, es obvio que dentro de la respectiva actuación la referida procesada tiene el derecho a que se respeten sus garantías fundamentales, motivo por el que la Corte no encuentra agravio alguno en la orden criticada.

16.2. En el cargo segundo subsidiario el recurrente acudió a la violación indirecta de la ley sustancial, y dentro de su desarrollo afirmó, mas no demostró con el rigor que exige esa vía de censura, y por lo tanto sin acierto, los vicios de estimación probatoria a los que aludió.

En efecto, aun cuando el censor adujo un falso juicio de identidad en relación con los informes del Grupo Interno de Trabajo de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, lejos de hacer el ejercicio de confrontación entre el contenido objetivo de esos medios de prueba y la aprehensión que de su tenor hizo el fallador de segundo, se dedicó a descalificar las conclusiones que aduciendo simplemente que esos elementos de persuasión no merecían la credibilidad conferida, alegación con la que en caminó la réplica hacia un falso raciocinio, pero sin indicar en concreto cuál de los

postulados de la sana crítica era el que impedía conceder mérito a esas pruebas.

Adveró el demandante ausencia de medios de prueba que en verdad demostraran la ilicitud de las prebendas laborales cuya conciliación solicitó su representada, desconociendo que, justamente esa ilegalidad la extrajeron los falladores de los comentados informes rendidos por el Grupo Interno de Trabajo de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, así como del análisis normativo y jurisprudencial aplicable a los conceptos o derechos laborales reclamados, tales como reajuste por concepto de “*prima sobre prima*”, “*salario en especie*” (fincado en el suministro de uniformes, calzado y transporte), y el pago simultáneo, por las reliquidaciones que originaban esos rubros, de la llamada “*sanción moratoria*”, los “*intereses moratorios*” y la “*indexación*”, cuando esos conceptos eran improcedentes.

Sin acatamiento del principio de no contradicción el censor aludió respecto de los señalados informes la configuración de un falso raciocinio por distanciamiento de las reglas de la sana crítica, reproche que dejó apenas sustentado en su personal criterio estimativo, con la pretensión de hacer prevalecer el mismo sobre la valoración

consignada en las instancias, propósito que no tiene cabida en sede el recurso de casación.

Pese a que con una alegación semejante la disertación carece de una dirección o norte claro, la Sala advierte que del desordenado conjunto de quejas acerca de la valoración de los medios de prueba, la inconformidad está vinculada a la supuesta equivocada estimación del “*acta 162*” y los “*conceptos del GIT*” respecto de la misma para acreditar el elemento objetivo del delito de peculado por apropiación en relación con el cual fue condenada *CUNDUMÍ DÍAZ*.

Pues bien, para empezar, es necesario destacar la falta de objetividad del recurrente pues, como se indicó párrafos atrás, desde la acusación el carácter ilegal de las prestaciones laborales reivindicadas por la procesada no se estructuró en el acta que cita el censor, sino, esencialmente, en la 281 del 14 de agosto de 1998, en relación con la cual el siguiente fue el análisis del fallador de segundo grado:

En lo que toca con la procesada MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ se tiene que fue acusada por participar en calidad de apoderada de 9 ex trabajadores en la conciliación N° 162 del 23 de diciembre de 1998 —sufragada con resolución N° 3337 por \$506.138.323.13— que “reacordó” la 281 del 14 de agosto del mismo año —emitida por \$604.538.807.00—.

Examinados tales documentos obrantes en la actuación se evidencia que, del mismo modo, las pretensiones consignadas son imprecisas y desprovistas de apoyo fáctico y jurídico y en algunos de los poderes conferidos por los ex portuarios a la prenombrada se observa como objeto de reclamación la reliquidación de cesantía, nivelación del monto de pensión, trienios, salario en especie, y demás acreencias que la empresa adeudaba con su respectiva mora e indexación correspondiente, [mientras que] otros se otorgaron para lograr el pago del acta 281.

Solicitudes a las que en forma indiscriminada accedió la entidad a través de dichos actos, en los que liquidó importantes sumas de dinero por indexación, prestaciones, moratorias, intereses y diferencia por reajuste de mesadas indebidas.

De lo anterior dio cuenta el G.I.T., de la siguiente forma:

“El acta en mención, (refiriéndose a la 281) digitalizada en el sistema *ImaxFile*, carece de soportes y de fundamentación, no determina o especifica debidamente los derechos reclamados, (...)”.

“(...) se encuentran poderes de otorgamiento (...), cuyos conceptos allí consignados corresponden a los conceptos ‘*Trienios y salario en Especie (calzado y uniforme)*’ que conllevó al reconocimiento de reliquidación de prestaciones, reajuste de mesada pensional, indexación de mesadas pensionales, intereses moratorios, mesadas pensionales y sanción moratoria”.

“(...) al no ser factor salarial los conceptos, uniforme y calzado, no había lugar a reliquidar las prestaciones sociales, la pensión y tampoco al pago de las sanciones impuestas”.

“Con relación a lo indicado en el literal e) del acta No. 162, dentro de los soportes digitalizados en el programa *ImaxFile*, no se encontró el de la liquidación, por tal razón no fue posible establecer cómo se realizaron los cálculos de los valores finalmente reconocidos (...)”.

Resaltó igualmente el hallazgo de desembolsos [anteriores] a varios beneficiarios por conceptos similares: i) a Inocencio Asprilla Murillo, salarios moratorios con resolución 178 de 26 de enero de 1996 de la sentencia de 1 de junio de 1995, diferencia de cesantías; ii) a Walter Jairo Aguirre Obando y Adolfo Herney Serna Cardona, con acto administrativo 100 de 18 de enero de 1995, ordenó cancelar, entre otros, diferencia de mesadas pensionales por concepto de salario en especie.

Este último ítem denota que algunos de los ex portuarios, en fechas anteriores, habían recibido estipendios por iguales motivos como reajuste de pensión, salarios moratorios, diferencias de mesadas, etc., circunstancias que, sin duda, en conjunto revelan que este acuerdo también contiene vicios que lo tornan ilegal³³.

Al contrastar las precisiones hechas en el análisis transcrito con el tenor de los medios de prueba allí aludidos, la Sala observa que corresponden con fidelidad a su contenido³⁴, razón por la cual se descarta el falso juicio de identidad alegado por el recurrente, máxime cuando esos mismos aspectos vinculados al pago de los llamados rubros de “*prima sobre prima*”, “*salario en especie*” (fincado en el suministro

³³ Sentencia de segunda instancia, páginas 54 y 55.

³⁴ Cfr. Folios 180 del cuaderno de la instrucción # 15; 255 del cuaderno de la instrucción # 1; 40, 43 y 44 del cuaderno de anexos 1; y folio 12 del cuaderno de la instrucción 24A.

de uniformes, calzado y transporte), y el reconocimiento simultáneo, por las reliquidaciones que originaban esos ítems, de la llamada “*sanción moratoria*”, los “*intereses moratorios*” y la “*indexación*”, fueron ampliamente estudiados en el fallo de primer grado en orden a evidenciar su naturaleza ilícita o indebida, circunstancia determinante de la imposibilidad de ser cancelados por parte de la entidad pública esquilmada.

Por lo demás, ningún falso raciocinio advierte la Corte en las consideraciones del juzgador de segundo grado acerca de las conclusiones sobre la configuración del delito atribuido a la procesada, como tampoco respecto del obrar consciente y voluntario de CUNDUMÍ DÍAZ encaminado a la concreción del comportamiento típico, vale decir, en cuanto a que ella sabía que el reconocimiento de las prestaciones reseñadas era ilegítimo, pese a lo cual ejecutó los actos tendientes a obtener su pago indebido, pues al respecto el Tribunal llevó a cabo una valoración sustentada en aspectos fácticos semejantes a los que esgrimió frente al otro procesado³⁵.

En conclusión, la estimación probatoria consignada en el fallo de segundo grado no alcanza a ser derruida por el censor debido a que entremezclan alegaciones con las que,

³⁵ Sentencia de segunda instancia, páginas 110 y 111.

de manera indiscriminada, unas veces se dirigen a cuestionar la tipicidad objetiva, otras más el aspecto subjetivo del delito, y en no pocas afirmaciones plantea que la procesada fue instrumento de las intenciones protervas de sus mandantes, a los que en otras ocasiones les atribuye haber actuado de buena fe y convencidos de que tenían derecho a las reclamaciones presentadas a través de la acusada, deficiencias que dejan convertida la propuesta en un alegado de instancia, en el que los errores de valoración enunciados no encuentran efectiva acreditación por parte de esta Sala, razón suficiente para la desestimación de la queja.

17. A manera de recapitulación, de acuerdo con las consideraciones que preceden, la Sala adoptara las siguientes determinaciones:

17.1. Cesará procedimiento por prescripción de la acción penal, en favor de OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ, debido a que ese fenómeno se configuró: *(i)* respecto del delito de peculado agravado por la cuantía y en modalidad tentada, endilgado en relación con las actas de conciliación números 005 del 3 de agosto y 158 de 23 de diciembre de 1998, y la resolución 3352 de la última citada fecha; y *(ii)* respecto de los hechos ligados al acta de

conciliación número 57 del 25 de noviembre de 1998 y la resolución 3251 de 16 de diciembre siguiente, por cuanto frente a esos supuestos, con base en la prosperidad parcial del cargo principal propuesto por su defensor, la calificación jurídica varió a los delitos fraude procesal y estafa agravada por la cuantía.

17.2. Consecuente con lo anterior, las penas para el citado procesado PEÑA GONZÁLEZ por los delitos de peculado por apropiación, agravados por la cuantía, que se mantienen vigentes, relacionados con el acta de conciliación número 028 del 11 de septiembre de 1997, resolución 477 de 13 de abril de 1998; y las actas de conciliación número números 005 del 3 de agosto y 56 de 18 de noviembre de 1998, resolución 3149 de 25 de noviembre del mismo año, se fijan, siguiendo los mismos parámetros de la primera instancia, en setenta y cinco (75) meses y veinticinco (25) días de prisión, y multa equivalente a cinco mil trescientos cuarenta y dos como noventa (5.342,90) salarios mínimos legales vigentes.

Importa precisar en cuanto a la también pena principal de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que en las instancias se fijó por igual lapso de la

privativa de la libertad, sin reparar en que la imposición de esa sanción, de acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política, inciso quinto (modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 4) procede de manera intemporal (vitalicia) para “...**quienes** hayan sido condenados, **en cualquier tiempo**, por la comisión de delitos que **afecten el patrimonio del Estado** o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con...” (negritas ajenas al texto), condiciones que se cumplen en el asunto examinado y que obligan a aclarar en ese sentido la providencia atacada —respecto de los dos condenados—, sin que ello implique, como lo ha destacado la jurisprudencia, desconocimiento de la prohibición de reforma en peor, dado que en esos eventos el alcance de dicha pena es vinculante por expreso mandato de la Carta Superior, independientemente de lo resuelto por el fallador.

La pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de la profesión de abogado se mantendrá por una duración de tres (3) meses y ocho (8) días.

17.3. No casará la sentencia de 24 de enero de 2019 dictada en el Tribunal Superior del del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual revocó la condena emitida contra MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA y RAFAEL

ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ, y en su lugar los absolvió de los cargos formulados por los delitos de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, en modalidad consumada y tentada, atribuidos en la resolución de acusación dictada contra aquellos el 11 de julio de 2010, debido a la improsperidad del único cargo formulado por la apoderada de la Parte Civil.

17.4. No casará la sentencia de 24 de enero de 2019 dictada en el Tribunal Superior del del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena emitida contra MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ por el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, atribuido en la resolución de acusación dictada contra ella el 11 de julio de 2010, debido a la improsperidad de los cargos principal y subsidiarios formulados en la demanda presentada por el defensor de aquella.

17.5. Desestimaré los cargos subsidiarios propuestos en la demanda presentada en nombre de OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ.

17.6. Mantendrá incólume en los demás aspectos la decisión recurrida en sede de casación

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

RESUELVE:

1. DECLARAR extinguida la acción penal por prescripción, y en consecuencia **CESAR PROCEDIMIENTO** en favor de OSCAR LEONARDO PEÑA GONZALEZ, en relación con:

1.1. La conducta punible de peculado por apropiación tentado y agravado por la cuantía, endilgado en la acusación con base las actas de conciliación números 005 del 3 de agosto y 158 de 23 de diciembre de 1998, y la resolución 3352 de la última citada fecha, de conformidad con las precisiones hechas en la parte motiva de esta providencia (supra 12.1).

1.2. Las conductas punibles de fraude procesal y estafa agravada por la cuantía, calificación jurídica a la que variaron los hechos relacionados con al acta de conciliación número 57 del 25 de noviembre de 1998 y la resolución 3251

de 16 de diciembre siguiente, **con base en la prosperidad parcial** del cargo principal propuesto por su defensor.

2. FIJAR, en armonía con lo anterior, para los delitos de peculado por apropiación que se mantienen vigentes respecto de OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ por el acta de conciliación número 028 del 11 de septiembre de 1997, resolución 477 de 13 de abril de 1998; y las actas de conciliación número números 005 del 3 de agosto y 56 de 18 de noviembre de 1998, resolución 3149 de 25 de noviembre del mismo año, la pena principal de prisión en una magnitud de setenta y cinco (75) meses y veinticinco (25) días de prisión, y la pena principal de multa se fija en el equivalente a cinco mil trescientos cuarenta y dos como noventa (5.342,90) salarios mínimos legales vigentes, y la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de la profesión de abogado se mantienen en una duración de tres (3) mese y ocho (8) días.

3. ACLARAR la declaración de justicia revisada en el sentido de que la pena principal de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas para los procesados OSCAR LEONARDO PEÑA GONZÁLEZ y MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ se impone de manera intemporal (vitalicia), de conformidad con el artículo 122,

inciso quinto, de la Constitución Política.

4. NO CASAR, en razón de la improsperidad del único cargo formulado por la apoderada de la Parte Civil, la sentencia de 24 de enero de 2019 dictada en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual revocó la condena emitida contra MARÍA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA y RAFAEL ANTONIO VÉLEZ SÁNCHEZ, y en su lugar los absolvió de los cargos formulados por los delitos de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, en modalidad consumada y tentada, atribuidos en la resolución de acusación dictada contra aquellos el 11 de julio de 2010 (supra 13).

5. NO CASAR la sentencia de 24 de enero de 2019 dictada en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena emitida contra MARCELINA CUNDUMÍ DÍAZ por el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, atribuido en la resolución de acusación dictada contra ella el 11 de julio de 2010, **debido a la improsperidad de los cargos principal y subsidiarios** formulados en la demanda presentada por el defensor de aquella.

6. DESESTIMAR los cargos subsidiarios propuestos en la demanda presentada en nombre de OSCAR LEONARDO

PEÑA GONZÁLEZ.

7. En los demás aspectos se mantiene incólume la sentencia de segunda instancia

Notifíquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria