

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

CAUSA: 2017-00011
SINDICADOS: RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ
ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA
DELITOS: PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO
SUMARIO: 2721
SENTENCIA: CONDENATORIA

Sentencia No. 008

Bogotá D. C. 31 de julio de 2023.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ y ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA por los delitos de peculado por apropiación a título de determinadores, emite el Despacho la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

II. HECHOS

Con ocasión de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS) se asignó al Fondo de Pasivo Social de la misma (FONCOLPUERTOS), entre otras funciones, la de pagar las prestaciones sociales de extrabajadores y pensionados de la extinta compañía portuaria, entidad contra la cual se promovieron multitudes de peticiones administrativas, procesos laborales y acciones de tutela, orientadas a la cancelación de todo tipo de prestaciones legales o convencionales.

En medio de dicho entorno el abogado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, en representación de varios exportuarios, entre ellos, ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, radicó demandas para incoar causas laborales ordinarias que culminaron en sentencia, mandamientos de pago y reliquidación de éste emitidos por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla que condenaron a FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación, al ordenar la reliquidación de las cesantías definitivas, reajustar la pensión de jubilación y pagar los salarios moratorios, con fundamento sentencia del Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla, que a su vez ordenó el pago de diferencias salariales y el reajuste de la prima de servicios por reclasificación entre la categoría 8ª a la 9ª del nivel f; reliquidación del mandamiento de pago que fue objeto de pacto conciliatorio a través del acta 8 de 22 de abril de 1998, y, actuaciones todas finalmente pagadas por las resoluciones 2371 de 10 de diciembre de 1996 y 2070 de 20 de mayo de 1998.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, identificado con cedula de ciudadanía N° 13.238.630 expedida en Cúcuta (Norte de Santander), nacido en Ovejas (Sucre) el 7 de septiembre de 1949, con 73 años de edad; casado, con cuatro hijos. Abogado de la Universidad Libre. Litigante.

ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, identificado con cedula de ciudadanía N° 7.443.616 expedida en Barranquilla (Atlántico), nacido en Cerro de San Antonio

(Magdalena) el 2 de mayo de 1944, con 79 años de edad; casado, con tres hijos. Pensionado de COLPUERTOS.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

El 7 de julio de 2008¹ se decretó abrir indagación previa y practicar las pruebas pertinentes.

Si bien es cierto el 29 de noviembre de 2010² se profirió resolución que declaró inhibirse de abrir investigación formal a RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ y ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, no menos cierto resulta que mediante decisión en alzada del 8 de marzo de 2011³ por parte de la Fiscalía 34 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, se revocó la mentada resolución y se ordenó la vinculación de los denunciados.

En esa medida, la apertura formal de la instrucción se realizó el 5 de mayo de 2011⁴, cuando se dispuso vincular a varias personas y aducir los medios cognitivos correspondientes.

Rindieron indagatoria RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ⁵ el 3 de febrero de 2015 el procesado, y ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA⁶ el 13 de febrero de 2015.

Con proveído de 27 de marzo de 2015⁷, se dispuso cerrar la instrucción respecto de los aquí acriminados y se ordenó correr traslado precalificatorio a los sujetos procesales.

Por medio de resolución de 18 de octubre de 2016⁸, el ente persecutor calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra de RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ y ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, como presuntos determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado; y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva.

Mediante providencia del 20 de diciembre de 2016⁹ se dispuso no reponer el pliego de cargos y no decretar la nulidad solicitada.

El **6 de abril de 2017**¹⁰, la Fiscalía 68 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en alzada el pliego de cargos y negó la solicitud de nulidad así como la prescripción alegada, oportunidad en la que **quedó en firme la acusación**.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado, se corrió el traslado del artículo 400 ritual por ministerio de la Ley y, luego de aplicar la excepción de inconstitucionalidad¹¹ y autorizar a SÁNCHEZ ZABALETA el traslado para la realización de la diligencia judicial, se celebró la audiencia preparatoria el 1 de diciembre de 2017¹², cuando se negó la solicitud de nulidad así como que se

¹ Folio 244 y ss, C.O. 1 del sumario.

² Folio 11, C.O. 2 del sumario.

³ Folio 4, cuaderno segunda instancia Fiscalía.

⁴ Folio 35 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁵ Folio 11, C.O. 3 del sumario.

⁶ Folio 47, C.O. 3 del sumario.

⁷ Folios 151, C.O. 3 del sumario.

⁸ Folios 261 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁹ Folios 177 y ss, C.O. 4 del sumario.

¹⁰ Folios 28 y ss, cuaderno segunda instancia – confirma acusación.

¹¹ Folio 38, C.O. 2 de juzgamiento.

¹² Folio 41, C.O. 2 de juzgamiento.

decretaron y negaron algunas pruebas, decisión confirmada en alzada por el H. Tribunal Superior de Bogotá el 17 de abril de 2018¹³.

En desarrollo de la vista pública, el 20 de febrero de 2018¹⁴ fue interrogado el procesado ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA.

El 18 de septiembre de 2018¹⁵, en desarrollo de la audiencia de juzgamiento, la Fiscalía Delegada varió la calificación jurídica provisional mutando respecto de los acriminados la tipificación jurídica de peculado por apropiación agravado al mismo punible con la adición prevista en el canon 14 de la Ley 890 de 2004; determinación ante la cual, se decretó la suspensión de la diligencia, por solicitud de los defensores, a efectos de surtir el trámite del canon 404 ritual.

Mediante auto del 17 de octubre de 2018¹⁶, el Despacho decretó y negó las solicitudes probatorias elevadas por el defensor de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA.

La Audiencia Pública finalizó con las sesiones del 9 de abril¹⁷ y 2 de mayo¹⁸ de 2019, cuando se escucharon los alegatos finales de los sujetos procesales.

Cabe aquí manifestar que sólo hasta este momento se emite el presente fallo, con respeto al orden de turnos de los casos que están en el Despacho para este fin, en razón de la seria congestión que ha afectado a este Estrado, derivada de las particularidades de cada caso, incluido el que aquí se analiza, así como de la alta complejidad de los asuntos asignados al Juzgado, sumado a que a pesar de que se solicitó oportunamente en reiteradas ocasiones a la autoridad competente de la Judicatura el apoyo con medidas de descongestión que viabilizaran morigerar tal situación, no se recibió respuesta afirmativa sino hasta el segundo semestre del año 2020, cuando se contó con la medida de descongestión de asignar a este Estrado un oficial mayor para proyectar sentencias entre el 03 de agosto y el 11 de diciembre de 2020, a lo que se suma que se recibió nueva medida de descongestión de mismas características, la cual rigió entre el 15 de marzo y el 10 de diciembre de 2021, sin que estas medidas tuviesen las dimensiones y alcances que se requerían para superar por completo esa situación que aún persiste.

V. LA ACUSACIÓN

1. Primera instancia.

Como se dijo, con proveído de 18 de octubre de 2016, la Fiscalía 37 Delegada adscrita al grupo de Fiscales para investigar el fraude contra el sistema pensional del país de la Dirección de Fiscalías Nacional Especializada contra la corrupción, calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ y ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, como presuntos determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado; y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva.

El ente persecutor estimó que del acervo probatorio existente se desprende que el exportuario ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA incoó, mediante el apoderado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, demanda para abrir proceso laboral que

¹³ Folios 5 y ss, C.O. 1 Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal.

¹⁴ Folios 89 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁵ Folios 218 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁶ Folios 252 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁷ Folios 277 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁸ Folios 113 y ss, C.O. 3 de juzgamiento.

correspondió al Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, el cual profirió sentencia del 26 de marzo de 1996 y mandamiento de pago del 26 de abril de 1996, sustentados en la sentencia del 26 de octubre de 1994 emitido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó erogaciones ilícitas de las arcas estatales sin ningún sustento jurídico ni fáctico; mandamiento que fue cancelado mediante resolución 2371 de 10 de diciembre de 1996, al ordenar el pago de diferencias pensionales y el reajuste pensional, y, posteriormente, que fue reliquidado mediante mandamiento de 14 de febrero de 1997, última actuación conciliada a través del acta 8 de 22 de abril de 1998 y ordenada cancelar mediante las resoluciones administrativas 1414 de 8 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998.

Finalmente, dijo que la responsabilidad a título de dolo de los acusados está acreditada por cuanto eran concedores de las referidas ilegalidades; y, aun así, voluntariamente decidieron acudir ante la administración de justicia y ante la administración pública mediante reclamaciones judiciales y administrativas, así como a través de pactos conciliatorios, sin sustento jurídico ni fáctico, motivo por el cual deberán responder por el reato de peculado por apropiación agravado.

2. Segunda instancia.

En alzada, el 6 de abril de 2017, la Fiscalía 68 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó integralmente la providencia de llamamiento a juicio de primer grado.

Luego de descartar la declaratoria de nulidad impetrada por la defensa de RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, señaló que existen pruebas dentro del plenario que acreditan la calidad de determinadores de los procesados en los punibles de peculado por apropiación agravado, debido a su actuar doloso para instigar a servidores públicos en la disposición de recursos estatales, sin que se pueda predicar la calidad de intervinientes de los mismos.

Adicionalmente, descartó la solicitud de prescripción de la acción penal, debido a que sus efectos jurídicos y económicos se prolongaron en el tiempo.

Finalmente, adujo que no se puede sostener que el exportuario determinó al apoderado acriminado, comoquiera que actuaron con división del trabajo y de común acuerdo para esquilmar los recursos de la Nación.

VI. ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

Los sujetos procesales que intervinieron en la diligencia de audiencia pública presentaron los alegatos conclusivos que se sintetizan en los siguientes términos:

1. La Fiscalía.

El ente acusador deprecó fallo condenatorio, toda vez que conforme a las pruebas que obran dentro del expediente se tiene certeza de la conducta punible y de la responsabilidad de los procesados.

Aseveró que aunque la empresa liquidó en debida forma la pensión y prestaciones sociales de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, éste, mediante el abogado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, inició proceso laboral que culminó en sentencia y mandamiento de pago en Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla

que reliquidó cesantía, reajuste pensional y pago salario moratorio, pagados mediante resolución 2371 de 1996.

Además, aseveró que el abogado PÉREZ GONZÁLEZ pidió ante el referido Estrado la reliquidación de dicho mandamiento de pago, cuyo pago fue acordado por el abogado FABIO ÁVILA mediante acta 8 de 1998 y cancelado mediante las resoluciones 1414 de 1998 y 2070 de 1998.

Concluyó indicando que del acervo probatorio se desprende el conocimiento que tenían los acriminados acerca de la ilicitud de lo reclamado, comprensión que los llevó voluntariamente a realizar las actuaciones tendientes a obtener reclamaciones laborales ilícitas así como su pago en el marco del desfalco de FONCOLPUERTOS, determinando a los servidores públicos que disponían del erario en cuantía superior a 200 SMLMV, configurándose el punible de peculado por apropiación agravado con la modificación del canon 14 de la Ley 890 de 2004.

2. La Parte Civil.

El representante de la UGPP imploró sentencia condenatoria.

Sostuvo que coadyuva la petición de condena realizada por el ente acusador, ya que los procesados por las solicitudes ilegales realizadas ante los Juzgados 2 y 8 Laborales del Circuito de Barranquilla, que generaron las resoluciones 2371 de 1996 y 2070 de 1998, se apropiaron indebidamente de \$41.382.696,88, por lo que incurrieron en la comisión del delito de peculado por apropiación agravado.

Remató pidiendo se ordene lo pertinente al restablecimiento del derecho, así como los daños y perjuicios de los hechos causados con la trasgresión de las normas penales.

3. La Defensa.

3.1. Del acusado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ.

El procesado PÉREZ GONZÁLEZ en ejercicio de su defensa material y técnica solicitó sentencia absolutoria.

Adujo que el grado jurisdiccional de consulta solo se tornó obligatorio a partir de 1999, por lo que para la época de los hechos no era exigible la consulta.

Sostuvo que era ajustado a derecho reclamar la reliquidación de cesantías y reajuste pensional con base en la sentencia del Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla, y, por eso, le fue reconocido dichos derechos al exportuario por parte del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, más aun cuando la convención colectiva de la época reconocía la reclasificación.

Adicionalmente, indicó que no se le ha modificado la mesada pensional a raíz de las referidas demandas y actos administrativos, sino que únicamente los incrementos han sido los ordenados por Ley.

Aseveró que el ente acusador no analizó el material probatorio obrante en el plenario, sino que confundió sospechas con pruebas indiciarias, no logrando acreditar la calidad de determinador de peculado por apropiación, más aun cuando no era posible determinar a servidor público alguno, dada su precaria condición de salud, que inclusive lo llevo a sustituir el poder a FABIO AVILA, quien fue contactado

por los extrabajadores, por lo que, dada su limitada participación, únicamente recibió el pago de las agencias en derecho.

Dijo que PEDRO POLO BARRIOS fue el que inició el proceso laboral ante el Juzgado 2 del Circuito de Barranquilla, quien posteriormente le sustituyó el poder, a lo que agregó que la duración de cerca de 9 años entre la interposición de la demanda y la fecha del fallo, no es motivo de ilegalidad achacable a él.

Además, afirmó que el extrabajador SÁNCHEZ ZABALETA en contrato prestación dijo que no había presentado otra demanda contra FONCOLPEURTOS, por lo que le mintió, comoquiera que ya había contratado otros abogados como VÍCTOR GALLADO ROSILLO y PÉREZ ARTETA.

Señaló que no actuó con dolo, sino con buena fe, y que no se apropió de dineros del Estado; empero, si el Despacho considera la condena, de manera subsidiaria pidió la declaración de la prescripción de la acción penal, ya que sería realmente interviniente y no determinante, siéndole aplicable la rebaja correspondiente.

3.2. Del acusado ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA.

El defensor de dicho procesado impetró fallo de carácter absolutorio, comoquiera que no se logró desvirtuar la inocencia de su representado.

Adujo que se está ante un caso de doble incriminación por los mismos hechos en contra de su defendido, ya que se le investigó y sancionó por el mismo conjunto de actuaciones judiciales y administrativas por parte del Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá el 7 de septiembre de 2010, fallo confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de junio de 2011, y ratificada por la inadmisión de la demanda de casación del 14 de marzo de 2012 por parte de la Corte Suprema de Justicia.

En caso de desestimarse la anterior pretensión, sostuvo que lo reclamado por SÁNCHEZ ZABALETA no es ilegal, comoquiera que sí se le liquidaron mal las prestaciones sociales, sumado a que el ente acusador no probó si lo reclamado y pagado era ajustado a derecho, ni mucho menos la calidad de determinante de su apadrinado, la cual no se puede pretender endilgar sólo sobre la base del otorgamiento de un poder.

Igualmente, dijo que SÁNCHEZ ZABALETA otorgó poder al togado PÉREZ GONZÁLEZ, previa asesoría de dicho profesional del derecho, siendo él quien realmente direccionó la totalidad del trámite judicial y administrativo, y no siendo de recibo las exculpaciones de éste que pretenden asignarle la responsabilidad al extrabajador.

En caso de condena, solicitó se le otorguen los beneficios y prerrogativas legales por ser persona de la tercera edad y padecer graves quebrantos de salud, tales como la ejecución condicional o la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria.

VII. CONSIDERACIONES

Visto que el presente caso se encuentra para emitir sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de las conductas punibles de peculado por apropiación en las condiciones de la acusación conformada por pronunciamiento de primer y segundo grado, de conformidad con lo establecido en los artículos 77 y 83 del CPP y el Acuerdo PSAA13-9987 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de septiembre de 2013, mediante el cual se asigna

el conocimiento exclusivo para adelantar procesos en temas de FONCOLPUERTOS, este Despacho está habilitado para pronunciarse de fondo sobre el particular.

De conformidad con el artículo 232 adjetivo, para emitir fallo condenatorio se requiere que obre en el proceso prueba que conduzca tanto a la certeza del hecho punible como de la responsabilidad de los procesados, de suerte que acorde a los cánones 29 superior y 7° instrumental, toda duda al respecto debe resolverse en razón de la presunción de inocencia a favor de los mismos.

Empero, de cara al principio de prioridad, es menester decidir en primer lugar lo pertinente a los cuestionamientos realizados por los sujetos procesales en torno de la vigencia de la acción penal ora por el desconocimiento aparente de la garantía *non bis in ídem* ora por la supuesta operancia de la prescripción de la acción penal, ya que en el evento de prosperar cualquiera de las dos se desencadenaría la cesación de procedimiento y se haría totalmente inviable pronunciarse en torno de los tópicos centrales de la sentencia; y después se analizarán, de ser procedente, los demás asuntos del fallo.

1. Asuntos previos al fallo

1.1. Exclusión del aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como se anunció, de cara a la variación de cargos efectuada por la Fiscalía en la vista pública acorde al canon 404 ritual, no ofrece duda para el Despacho en cuanto que con ese proceder introdujo a la calificación jurídica provisional el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el cual es menester advertir desde este momento que no es viable aceptar en derecho de cara a los lineamientos jurisprudenciales definidos por el máximo Juez Penal colombiano, no sólo porque la actuación que se investiga respecto de los comportamientos endilgados a los acriminados no modificaron los efectos jurídicos y patrimoniales más allá del 01 de enero del año 2005, como más adelante se señalará, sino que también no es posible tener en cuenta la adenda punitiva descrita en el mandato 14 de la Ley 890, toda vez que, como adujo la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal de Bogotá en decisión de 04 de febrero de 2021, al estudiar la alzada propuesta en el asunto adelantado contra JJVP, cuando citó apartes del pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 55.382, emitido el 09 de octubre de 2019, sólo es posible este aumento de penas para los aforados constitucionales, y para quienes no ostenten tal calidad se requiere que la actuación se encuentre en una oportunidad procesal en la que sea viable, siempre que la persona esté dispuesta a acceder a rebajas de pena a cambio de colaboración con la justicia, lo cual no sucede en el asunto de la especie.

Por esta razón, es por la que no aviene admisible acoger el incremento punitivo contemplado en el mandato 14 de la citada Ley 890 y, por tanto, ha de desestimarse el aumento sancionatorio objeto de la variación de la calificación jurídica llevada a cabo por la Fiscalía en la audiencia pública con arreglo al precepto 404 procedimental.

Así, el Despacho con sujeción a la doctrina emanada de la citada Alta Colegiatura y del superior funcional no admite para el fallo en este asunto el incremento sancionatorio previsto en el mandato 14 de la Ley 890 de 2004.

1.2. Solicitud de cesación de procedimiento por doble incriminación – principio de cosa juzgada.

En la vista publica el defensor del procesado ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA adujo que su prohijado ya fue juzgado por los mismos hechos en el proceso adelantado ante el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá, motivo por el cual solicita la exoneración por violación del principio de *non bis in ídem*.

En estas condiciones, tomando en cuenta que la solicitud de cesación de procedimiento se fundamenta en una presunta vulneración del principio constitucional del ***non bis in ídem***, se hace necesario precisar los alcances del mismo para tener mejor comprensión sobre el tema.

Es así que la Corte Constitucional se ha pronunciado en torno de este tópico, siendo del caso citar lo siguiente sobre el particular.

En sentencia C-088 de 2002, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, del 13 febrero de 2002, la Gardiana del ordenamiento superior consideró:

“El contenido del principio del non bis in ídem

4- La Carta establece, como uno de los contenidos propios del debido proceso, la garantía de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (CP art. 29). Esta prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del *non bis in ídem*, busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo acto. Esta Corte ha reconocido además que en el constitucionalismo colombiano, este principio no se restringe al ámbito penal sino que “se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”¹⁹ Por consiguiente, el demandante tiene razón en que esta garantía se proyecta en el ámbito disciplinario.

Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el *non bis in ídem* veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción.

(...)

5- Es pues claro que para que exista una violación a la prohibición de doble enjuiciamiento es necesario, como ya lo ha señalado esta Corte, que “exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona...”²⁰ (subraya no textual).

Esta postura ha sido reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia, frente a la garantía constitucional del ***non bis in ídem***, para lo que se hace imprescindible hacer una breve reseña al respecto.

En sentencias 24582 del 29 de octubre de 2008 y 23565 del 21 de octubre de 2009, siendo M. P. el Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, la Sala de Casación Penal expuso:

“2.2. No ocurre lo mismo en cuanto a la probable lesión del principio-garantía de non bis in ídem, o prohibición de doble incriminación, el cual se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución Política²¹, así como en el numeral 4 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²², el numeral 7 del artículo 14 del Pacto

¹⁹ Sentencia C-554 de 2001. MP Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento 3.

²⁰ Sentencia C-244 de 1996. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración b)

²¹ Artículo 29-. [...] / Quien sea sindicado tiene derecho [...] a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

²² Artículo 8-. *Garantías judiciales* / [...] 4-. El inculpado absuelto por una sentencia no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

*Internacional de Derechos Civiles y Políticos*²³, el artículo 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁴, el artículo 8 de la ley 599 de 2000²⁵ y el artículo 19 de la ley 600 de 2000²⁶, e impide que una persona sea sometida a una doble valoración, agravación, imputación, investigación o juzgamiento por un mismo hecho, y que a su vez, comprende el principio de **res iudicata** (o cosa juzgada), el cual, conforme lo ha señalado la Sala, “hace referencia a que las sentencias judiciales ejecutoriadas o cualquier otra decisión de esta misma fuerza vinculante, en cuanto ostentan al carácter de definitivas e inmutables, son material y jurídicamente intocables y resultan de obligatorio acatamiento para el juez, los sujetos procesales y, en general, para todo el conglomerado social”²⁷.

El principio **non bis in ídem** contempla tres presupuestos: identidad de sujeto, de objeto y de causa o de fundamento:

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

“[...] sobre la identidad de causa, débese señalar lo siguiente: Para la Corte, en el ámbito punitivo ese elemento, también denominado identidad de fundamento, está necesariamente vinculado con el concepto de bien jurídico tutelado, de manera que no resultará jurídicamente viable la doble inculcación por un mismo hecho, cuando las conductas punibles reprochadas lesionan o ponen en peligro idéntico interés jurídico”²⁸.”

De igual manera en sentencia 27678 calendada el 28 de octubre de 2009 con ponencia del mismo Magistrado, el Dr. Socha Salamanca, hizo referencia a la garantía **non bis in ídem**, en los siguientes términos:

“La expresión *non bis in ídem*, que en su origen romano traduce “no dos veces sobre lo mismo”, incorpora un axioma de acuerdo con el cual por un mismo delito -hecho punible- no se ha de padecer más de una persecución penal y que la Ley 600 de 2000 previó en su artículo 19 bajo la premisa según la cual “La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación distinta”.

El sentido literal de todas aquellas disposiciones cuyo contenido propende por salvaguardar el derecho de las personas sindicadas a que se preserve su conducta de un nuevo escrutinio por la justicia, cuando en relación con la misma ya se ha desplegado por el Estado un esfuerzo investigativo y se ha adoptado una decisión definitiva, ha posibilitado en un primer momento asumir que basta al propósito de los efectos benéficos y tutores de dicho principio, con que exista identidad fáctica para que automáticamente se descarte una nueva pesquisa sobre ella en actuación independiente.”

²³ Artículo 14-. [...] / 7-. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

²⁴ Artículo 20-. *Cosa juzgada*. / 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. / 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. / 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: / a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o / b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

²⁵ Artículo 8-. *Prohibición de doble inculcación*. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o le haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

²⁶ Artículo 19-. *Cosa juzgada*. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta.

²⁷ Cfr. Sentencia de 17 de septiembre de 2003, radicación 18793.

²⁸ Cfr. Sentencia de 6 de septiembre de 2007, radicación 26591.

Ahora, en otro pronunciamiento²⁹, el mismo alto Tribunal Ordinario indicó:

“Así las cosas, aunque en el presente asunto pueden predicarse las identidades en la persona y en alguna medida la del objeto, no cabe decir lo mismo respecto de la causa, pues, es el mismo recurrente quien se encarga de clarificar que mientras una de las denuncias tuvo como finalidad que se indagara por la posible comisión de la conducta punible de urbanización ilegal, la otra se instauró para que se investigara la de estafa.

No se viola el principio del non bis in idem, entonces, cuando del alcance fijado a una misma conducta o supuesto fáctico, resulten varios resultados dañosos que comprometan bienes jurídicos diferentes, sin que se oponga a ello el hecho que se investiguen por cuerda separada, como aquí sucedió.”

Precisamente, sobre ese particular se reseñó en el precedente citado:

“Es que -con implicaciones en el devenir procesal bajo el sistema de la Ley 600 de 2000 y los instrumentos procesales que lo antecedieron-, si bien la doctrina ha convenido en considerar que no es criterio válido el número de resultados producidos a través de la acción en orden a determinar cuándo se está en presencia de un delito o de una pluralidad delictiva, es lo cierto que cuando se tiene que fijar el alcance de una conducta no siempre este juicio comprende la totalidad de efectos lesivos que, con independencia y autonomía típica posibilitan predicar una imputación concursal, en forma tal que si una investigación ausculta el hecho punible dentro del linderó de una de dichas expresiones y confluye en declarar en decisión definitiva su concurrencia -o inexistencia-, no es lo jurídicamente acertado aducir la prohibición de doble punición para descartar que en actuación separada se investiguen las demás delincuencias concurrentes -con mayor razón cuando en forma expresa la exclusión de una de ellas se produce bajo su taxativa descripción nominativa como hecho punible-, o lo que es igual, no hay lugar a alegar quebranto al principio non bis in idem en hipótesis semejantes por encontrar identidad sobre los hechos objeto de juzgamiento que inhiba la posibilidad de su persecución dentro de una investigación separada” (resalta el Juzgado).

De acuerdo con los citados apartes transcritos de la H. Corte Suprema de Justicia se observa que existe una postura reiterada en sus pronunciamientos, lo que configura doctrina jurídica, precedente judicial, al que deben ajustarse los órganos judiciales en virtud del cual el *non bis in idem* contempla tres presupuestos: identidad de sujeto, de objeto y de causa o fundamento, no contraviniendo dicho principio la existencia de concurso efectivo de delitos.

De hecho, tal como se extrae de las citas jurisprudenciales reseñadas no se viola el principio *non bis in idem* cuando una conducta comporta varios resultados dañosos que comprometan bienes jurídicos distintos, pudiendo concurrir varios punibles productos de un comportamiento o varios comportamientos, tal como lo preceptúa claramente el canon 31 del CP.

Descendiendo al presente caso, se observa que el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de septiembre de 2010, dentro del proceso radicado 2009-00412³⁰, en lo que aquí interesa, condenó a ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA y a FABIO ABSALÓN ÁVILA MORALES, entre otros, por el delito de peculado por apropiación, entre otras determinaciones.

Además, se aprecia que dicha condena fue confirmada, en lo que aquí concierne, el 3 de junio de 2011 por parte del H. Tribunal Superior de Bogotá³¹, modificando las sanciones de multa, mientras que el 14 de marzo de 2012³² la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal inadmitió la demanda de casación

²⁹ Sentencia Casación 41759 Corte Suprema de Justicia. MP DR GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ. 28 de agosto de 2013

³⁰ Folio 55, C.O. 3 del sumario y CD en folio 49, C.O. 2 de juzgamiento, archivo 2017-00011 SENTENCIA 1.

³¹ CD en folio 49, C.O. 2 de juzgamiento, archivo 2017-00011 SENTENCIA 2.

³² CD en folio 49, C.O. 2 de juzgamiento, archivo 2017-00011 SENTENCIA 3.

presentada por los distintos defensores, de donde se desprende que la condena adquirió firmeza y he hizo tránsito a cosa juzgada.

En esa medida, se observa con base en el material suasorio acopiado que los hechos endilgados aquí al señor SÁNCHEZ ZABALETA, guardan estrecha relación con la emisión y pago de la sentencia del 26 de marzo de 1996 y el mandamiento de pago del 26 de abril de 1996 del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, la resolución 2371 de 10 de diciembre de 1996, así como con la reliquidación del mandamiento de pago del 14 de febrero de 1997, el acta de 8 de 22 de abril de 1998 y la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998, sobre los cuales también giró la investigación, juicio y condena, que le fuere impuesta por el referido Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá. Vale señalar que en dicha actuación se aprecia que la temática abarca además otros pagos originados por otras resoluciones, actas de conciliación y providencias judiciales de los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, más allá de los inmediatamente referidos.

Entonces, aviene diáfano que el extrabajador ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA ya fue juzgado por los hechos que derivaron finalmente en el pago efectuado por la Nación con fundamento en las referidas providencias judiciales, acta de conciliación y resoluciones administrativas.

Por tales razones, no media hesitación para el Despacho que continuar con el juzgamiento de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA respecto de su actuación en la sentencia del 26 de marzo de 1996 y el mandamiento de pago del 26 de abril de 1996 del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, la resolución 2371 de 10 de diciembre de 1996, así como con la reliquidación del mandamiento de pago del 14 de febrero de 1997, el acta de 8 de 22 de abril de 1998 y la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998, y por las que ya fue procesado en el otro dossier, vulneraría la garantía fundamental del *non bis in ídem*, por cuanto en el asunto de análisis es evidente la identidad de persona, objeto y causa entre los trámites judiciales surtidos en el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá, cuyas decisiones ya hicieron tránsito a cosa juzgada, y las que se adelantan por este Estrado.

En esa medida, se aprecia que dichas circunstancias ameritan cesar parcialmente el procedimiento en favor del señor ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA respecto de las actuaciones referidas para garantizar la preminencia constitucional del *non bis in ídem*, siendo dable entonces referir que esta causa se proseguirá por aquellas actuaciones endilgadas a RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ que no fueron materia de estudio en el otro expediente en mención.

Por consiguiente, es procedente declarar la cesación de procedimiento total en este juicio únicamente respecto del inculcado ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA tal como lo requirió la defensa de dicho acriminado, tornándose inviable pronunciarse en torno de los otros tópicos solicitados en los alegatos conclusivos respecto de éste.

Detalla el Estrado en este punto que no encuentra ningún fundamento para que el ente acusador haya adelantado y continuado hasta esta instancia procesal la investigación en contra de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, cuando, tal como ha quedado claro, bastaba con contrastar las decisiones judiciales condenatorias contra el extrabajador procesado, que se hallan en varias de las foliaturas del paginario del sumario, con la instrucción realizada, para hallar sin mediar hesitación la identidad de sujeto, de objeto y de causa, negando inclusive el delegado de la Fiscalía tal coincidencia con argumentos peregrinos, tozudez que desgastó el aparato judicial y puso en vilo las garantías del referido acriminado.

Superados todos los pormenores tocantes a la materia acabada de tratar, se continuará el presente juzgamiento para analizar el tópico de la prescripción de la acción penal frente a RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ.

1.3. Solicitud de prescripción de la acción penal por parte del procesado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ.

En audiencia pública, el procesado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ peticionó declarar la extinción de la acción penal por prescripción, comoquiera que es realmente interviniente y no determinante, siéndole aplicable la rebaja correspondiente.

El Estrado advierte que siendo el Fiscal el funcionario judicial del sumario, esto es, el Juez natural y competente de la Instrucción, aviene claro que en el presente asunto ya se habían emitido decisiones judiciales de fondo en torno del tema de la prescripción propuesta nuevamente por la defensa material, en el sentido de no hallarla materializada.

Cabe destacar que aunque este examen se realizó con agotamiento de la doble instancia, y se definió completamente con el pronunciamiento de segundo nivel, es claro que culminó en el mismo momento en que cobró firmeza la acusación, toda vez que se adoptó en la misma resolución que confirmó el llamamiento a juicio, de forma que al no haber variado los límites entre los cuales ha de calcularse el lapso prescriptivo, según lo referido por este Estrado y por la Fiscalía, se detecta que la materia acerca de la cual el procesado pretende nueva decisión, ya fue objeto de examen, de modo que al ser diáfano que en este caso la acción penal no prescribió, el Juzgado se sujetará a lo ya resuelto sobre el particular en este trámite tanto en fase sumarial como de causa.

Al respecto cabe memorar que al acriminado PÉREZ GONZÁLEZ se le atribuye haber actuado en calidad de determinante del presunto delito de peculado por apropiación agravado, de modo que se logró presuntamente la apropiación de sumas dinerarias erogadas del erario sin que su beneficiario tuviera derecho a ello y sin que se encuentre demostrado que se hubiesen prolongado en el tiempo los efectos económicos y jurídicos, como se expondrá más adelante.

En este orden, no media hesitación en cuanto que la conducta examinada corresponde al delito de **peculado por apropiación agravado**, el cual apareja la pena máxima 22.5 años de prisión, lapso que sería el extremo prescriptivo de la acción penal en etapa instructiva, sino fuera porque el mandato 83 del CP restringe dicho término a 20 años, que equivalen al máximo de la pena imponible por el ilícito de peculado por apropiación agravado según el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, norma vigente por entonces, la cual fue reproducida en su integridad por el artículo 397 original del CP, con una variación que hace a esta última más benéfica que la anterior, ya que establece que si lo apropiado supera los 200 SMLMV, la sanción pecuniaria no puede exceder los 50.000 SMLMV, tope que no existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la Ley 190 de 1995.

Comoquiera que el pliego de cargos adquirió ejecutoria al ser confirmado en segunda instancia el **6 de abril de 2017**, y que el lapso prescriptivo corresponde a 20 años, no ofrece duda que al aplicar hacia el pasado esta cifra, se arriba al 6 de abril de 1997, fecha para la cual aún no se habían concretado temporalmente todas las actuaciones desplegadas por el procesado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, ya que la sentencia del 26 de marzo de 1996 y el mandamiento de pago del 26 de abril de 1996 del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, fueron finalmente cancelados mediante la resolución 2371 de 10 de diciembre de

1996, así como la reliquidación del mandamiento de pago del 14 de febrero de 1997 y el acta de 8 de 22 de abril de 1998, lo fueron por parte de la última actuación de apropiación con la resolución 2070 de **20 de mayo de 1998**, de donde emerge que para que en este caso se hubiere materializado el fenómeno de la prescripción, era necesario que el acriminado hubiesen llevado a cabo el último accionar materia de imputación, al menos un día antes del 6 de abril de 1997, sin que hubiese modificación pensional del extrabajador SÁNCHEZ ZABALETA.

De forma que no se materializó el fenómeno de la prescripción de la acción penal en fase sumarial, dado que entre la época en la que terminaron los hechos y la firmeza del llamamiento a juicio no se detecta un lapso igual ni tampoco que excedió los 20 años. A ello se suma que tampoco ha operado la figura bajo estudio en etapa de causa, toda vez que entre la ejecutoria del calificadorio y la fecha de esta decisión ha pasado un interregno que no alcanza los 10 años.

De otra parte, el Despacho advierte que la pretensión general de la defensa carece de asidero, al no ser aplicable la rebaja de la cuarta parte del inciso final del canon 30 de la Ley 599 de 2000, consagrada para los autores que no comportan las calidades especiales exigidas en el tipo penal, esto es, para los intervinientes.

Es pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal al sostener que la rebaja de una cuarta parte de la pena de la figura del interviniente del inciso final del artículo 30 de la ley 599 de 2000, no es aplicable a los partícipes, esto es, determinadores y cómplices, tal como lo estableció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de julio de 2003, proferida en el radicado 20704, con ponencia del H. M. Dr. Carlos Augusto Galves:

“(…) bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad.

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase. (…)”.

Es así como al haber sido acusado como determinador y no como autor sin calidades especiales de la conducta punible de peculado por apropiación agravado, no le es atribuible la mentada rebaja, máxime cuando como se expondrá más adelante que la figura que tuvo real materialización en el presente asunto en lo concerniente al grado de participación o concurrencia personal del sujeto activo de los ilícitos, es la de la determinación.

En este sentido, se impone al Juzgado ceñirse a lo ya resuelto en este caso acerca de la inoperancia del citado instituto extintivo de la acción penal, y poner de presente que éste no ha operado en esta etapa procesal, con la claridad acaba de ilustrar acerca del término de prescripción que rige para el presente asunto.

2. De los cargos materia de acusación y la normatividad sustantiva aplicable.

Procede el Juzgado a establecer si en el asunto que se escruta militan en el paginario los elementos suasorios necesarios e idóneos que a voces del canon 232 del CPP, conducen a la certeza acerca de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, o si en su defecto es la duda la que impera, para que se abra paso respectivamente a un fallo de talante condenatorio o absolutorio.

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra el procesado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, una vez restringida la imputación a este procesado, corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación agravado, en el grado de determinador, derivado de su participación en la gestión y obtención de la sentencia del 26 de marzo de 1996 y mandamiento de pago de 26 de abril de 1996, dictados por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, con los que éste ordenó el pago de montos presuntamente irregulares producto del reconocimiento de reajuste pensional y pago de salarios moratorios, con fundamento en los reconocimientos de sentencia del Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla, providencias canceladas mediante resolución 2371 de 10 de diciembre de 1996, y, posteriormente, reliquidadas a través de mandamiento de pago del 14 de febrero de 1997, el cual fue conciliado a través de acta 8 de 22 de abril de 1998, y cancelado a través de la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998.

Habida consideración de la época en que se desarrolló el comportamiento a partir del cual la Fiscalía edifica la acusación, y de cara al principio de legalidad descrito en el canon 6° de la Ley 599 del 2000 (en adelante CP), la normatividad aplicable para el peculado por apropiación agravado consumado sería el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, norma vigente por entonces, la cual fue reproducida en su integridad por el artículo original 397 del CP, con una variación que hace a esta última más benéfica que la anterior, ya que establece que si lo apropiado supera los 200 SMLMV, la sanción pecuniaria no puede exceder los 50.000 SMLMV, tope que no existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la citada Ley 190. Así, frente al principio de favorabilidad, la norma aplicable a este asunto es el artículo primigenio 397 del actual CP, el cual dispone:

“PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondo parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

3. De las pruebas y lo acreditado en el plenario.

Existiendo claridad en torno de los señalamientos delictuales edificados contra los procesados, el Juzgado establecerá de acuerdo con el material suasorio obrante en el expediente lo que se halla probado.

Se encuentra demostrado que el togado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ suscribió contrato de prestación de servicios con el extrabajador portuario ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, datado el 4 de julio de 1995, donde se consignó: *“el apoderado se compromete a adelantar todas las gestiones legales necesarias, ante las autoridades competentes o ante el propio empleador, tendientes a obtener para el PODERDANTE los siguientes derechos: reajuste de cesantía, de pensión de jubilación, salarios moratorios de conformidad por no haberse incluido como factor de salario para la liquidación y pago de su cesantía y de la pensión de jubilación, la diferencia entre la 8ª y 9ª categoría nivel “F” reconocida por el Juzgado Segundo Laboral”*³³.

Con dicho mandato, el togado PÉREZ GONZÁLEZ inició proceso ordinario laboral a través de demanda el 4 de julio de 1995³⁴, en representación de 22 extrabajadores, incluido, SÁNCHEZ ZABALETA, que culminó con sentencia del 26 de marzo de 1996³⁵ proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó a FONCOLPUERTOS a reliquidar las cesantías definitivas, reajustar la pensión de jubilación y pagar los salarios moratorios en favor de varios exportuarios, entre ellos, el extrabajador ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, con base en la sentencia del 25 de octubre de 1994³⁶ emitida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla, proceso donde también participó el abogado PÉREZ GONZÁLEZ, que a su vez ordenó el pago de diferencias salariales y el reajuste de la prima de servicios de los años 1982 a 1985, a raíz de la reclasificación del cargo de supervisor de cuadrilla que genera una diferencias de sueldo entre la categoría 8ª a la 9ª del nivel f.

Por solicitud del togado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, el 26 de abril de 1996³⁷ se libró mandamiento de pago por la suma de \$32.959.414,70.

Con posterioridad a dicha condena contra FONCOLPUERTOS, el aquí acriminado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ radicó solicitud de pago ante dicha entidad estatal el 3 de mayo de 1996³⁸, y, luego, sustituyó poderes, entre estos, el otorgado por ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA al abogado FABIO ÁVILA MORALES el 23 de mayo de 1996³⁹.

En esa medida, a través de resolución 2371 del 10 de diciembre de 1996⁴⁰, JUAN MANUEL CUBIDES TERREROS, entonces Director de FONCOLPUERTOS, ordenó el pago de varios mandamientos de pago contra la entidad estatal al abogado FABIO ÁVILA MORALES, entre ellos, el referido del 26 de abril de 1996 proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla en favor de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA por valor de \$32.959.314,70, suma que corresponde a **231,90 SMLMV del año 1996.**

³³ Folio 51 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

³⁴ Folios 201, C.O. 3 del sumario.

³⁵ Folios 105 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

³⁶ Folios 261 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁷ Folios 42 y ss, C.O. 3 del sumario.

³⁸ Folios 205 y ss, C.O. 3 del sumario.

³⁹ Folios 35 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

⁴⁰ Folios 150, C.O. 1 del sumario.

Adicionalmente, el abogado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ solicitó la reliquidación del mandamiento de pago del 26 de abril de 1996, por lo que el 14 de febrero de 1997⁴¹ se dictó nuevo mandamiento de pago en favor de varios exportuarios, correspondiéndole a ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA la suma de \$5.179.157,76.

El 22 de abril de 1998, se celebró conciliación y se suscribió el acta respectiva ⁸⁴², entre FABIO ÁVILA MORALES, actuando en nombre y representación de múltiples extrabajadores, y JUAN BERNARDO LEÓN GALINDO, en representación de FONCOLPUERTOS, donde se acordó pagar, respecto de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, el 50% de los intereses causados y el 100% de la condena impuesta por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla en el mandamiento de pago del 14 de febrero de 1997, pactándose la suma de \$8.423.382,18.

Si bien es cierto mediante la resolución 1404 del 8 de mayo de 1998⁴³, suscrita por SALVADOR ATUESTA BLANCO, entonces Director de FONCOLUERTOS, se ordenó dar cumplimiento al mandamiento de pago emitido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla el 14 de febrero de 1997, de conformidad con lo acordado en el acta 8 de 1998, no menos cierto emerge que realmente a través de la resolución 2070 del 20 de mayo de 1998, que compiló los datos de los beneficiarios individuales de pagos de sentencias así como de conciliaciones y dispuso su satisfacción a través de Títulos TES Clase B, se ordenó cancelar, entre otras, la suma total de \$127.000.000 en favor de FABIO ÁVILA MORALES, valor que incluye el monto correspondiente a la referida providencia judicial por \$8.423.382,18, suma que corresponde a **41,32 SMLMV del año 1998**.

De acuerdo a informe técnico sobre el comportamiento de la mesada pensional de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA contenido en el memorando de radicación 201814200203983 de la UGPP, no se evidencia que se haya modificado la mesada pensional de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA producto de las referidas providencias judiciales emitidas por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, ni por las resoluciones 1404 y 2070 de 1998.

4. Materialidad de las conductas punibles objeto de juzgamiento.

Teniendo en cuenta lo probado en este dossier así como lo establecido en el pliego de cargos, el Despacho examinará si en el presente caso es predicable la estructuración de los comportamientos delictivos por los cuales se procede.

4.1. Sobre las diferencias de sueldo producto de reclasificación en favor de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA representado por RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ.

Sobre esta materia, es importante precisar que este asunto se encontraba enunciado en la CCT de los años 1987 – 1988 aplicable a varios Terminales Marítimos, incluidos el de Barranquilla, en el párrafo transitorio del artículo 169 que a su tenor enuncia:

*ARTÍCULO 169: AUMENTO DE SUELDOS. (...) PARÁGRAFO TRANSITORIO: **la empresa con participación del sindicato, adelantará los estudios correspondientes, con el objetivo primordial tendiente a reclasificar o nivelar los diferentes cargos del escalafón, buscando el mayor sentido de igualdad y equidad, teniendo en cuenta para ello funciones, niveles de responsabilidad y los diferentes factores que configuran el cargo. Dentro de dicho estudio serán considerados preferencialmente los siguientes cargos: (...)** (resaltados no textuales).*

⁴¹ Folios 67, C.O. 1 del sumario.

⁴² Folios 287 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴³ Folios 200 y ss, C.O. 1 del sumario.

Si bien la reclasificación de cargos encontraba consagración en el artículo referido, es también claro que la materialización de esa prerrogativa estaba sujeta a condición suspensiva que aún no se había concretado, toda vez que pendía del agotamiento de un trámite previo, el cual no se llevó a cabo.

El pacto colectivo regente para los años 1989 – 1990, en los numerales 2° y 3° del párrafo transitorio de su aparte 91, disponía:

“2. se reconoce un compensado de dos mil pesos (\$2.000,00) mensuales a cada tarjador, revisor de carga y documentos, basculero y distribuidor de bodegas a partir de la vigencia de la presente convención.

3. la empresa durante la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo, con participación del sindicato, adelantará los estudios correspondientes, con el objetivo primordial tendiente a reclasificar o nivelar los diferentes cargos del escalafón, buscando el mayor sentido de igualdad y equidad, teniendo en cuenta para ello funciones, niveles de responsabilidad y los diferentes factores que configuran el cargo. Dentro de dicho estudio serán considerados preferencialmente los siguientes cargos: (...)”

Este precepto enuncia el mismo contenido del artículo 169 de la convención rectora para el período inmediatamente anterior, imponiendo igualmente la condición suspensiva para su aplicación a cargo del sindicato y la empresa, responsables en conjunto de adelantar el estudio correspondiente para la reclasificación, sin que obre dentro de la actuación elemento que permita arribar a la conclusión de que el referido estudio fue efectivamente realizado con la mutua participación del sindicato y la empleadora estatal.

Así las cosas, se desprende que para esa vigencia se aplicó a algunos cargos lo correspondiente al compensado, dentro de los que no estaba el supervisor de cuadrilla, y quedó la reclasificación nuevamente como una simple expectativa.

Frente a esta temática, la convención colectiva vigente para 1991–1993, materializa el mencionado derecho a la reclasificación en el párrafo transitorio del artículo 91, que expresamente menciona:

(...)1. En los terminales marítimos de Barranquilla, Cartagena y oficina de conservación de obras de bocas de ceniza se reclasificarán los siguientes cargos a partir de la firma de la presente convención. (...)

Sin embargo, no se contempló el beneficio para los mismos cargos anteriores, por ejemplo, al supervisor de cuadrilla como lo fue ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, no se incluyó dentro de los que serían objeto de aplicación del derecho en cuestión.

Sobre este tópico ya la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha sentado precedente sobre el mismo asunto en proveído de fecha 21 de febrero de 2006 dentro del radicado 26629, con ponencia del H. M. Dr. Camilo Tarquino Gallego, dentro del cual el ciudadano Ángel Pérez Gutiérrez acciona contra de FONCOLPUERTOS en reclamación del factor que se encuentra en discusión, puntualizando:

(...) Como se observa, las anteriores disposiciones convencionales en ningún momento ordenaban una reclasificación automática del cargo de Conductor, como lo alega el demandante y, curiosamente, lo acepta el a quo. Simplemente se referían a un estudio que adelantarían conjuntamente la empresa y el sindicato, tendientes a nivelar los diferentes cargos del escalafón, dentro de los cuales se consideraría el de Conductor. Además, se deduce que si la norma se reiteró para la convención 1989-1990, es porque el estudio no se realizó en la vigencia anterior 1987-1988.

Pero, y lo más importante, no encontró la Sala en la revisión de la documental arrimada al expediente, estudio alguno que contuviera los resultados de la reclasificación de cargos a que

hacen referencia las normas convencionales tantas veces citadas, y que fundamentaron la decisión de condena del juzgador de primera instancia. Además, vale la pena anotar que cuando el a quo se refirió a la supuesta reclasificación del demandante, dejó en blanco el espacio correspondiente al número del folio donde anuncia que: "... reposa una certificación suscrita por el analista de nómina de la demandada en la cual certifica que el señor ANGEL PEREZ GUTIERREZ obtuvo una clasificación en clase A y su último cargo fue de D...", pero lo cierto es que dicha certificación no obra en el expediente. (...)

Resulta claro, entonces, que este ítem de reclasificación no trascendió al campo de los derechos convencionales, comoquiera que quedó en el nivel de mera expectativa al no darse el cumplimiento de los requisitos para su aplicación, que como ya se ha reiterado, se encontraba a cargo del sindicato y la empresa; es así, que en el mismo sentido motiva su providencia de fecha 15 de febrero de 2007 la H. Corte Suprema de Justicia con ponencia del Doctor Gustavo José Gnecco Mendoza, dentro del radicado N° 27930, en el que indica:

(...) Para establecer si la sentencia del Juzgado contiene una decisión acertada, cumple examinar el alcance de la norma convencional transcrita. Por su naturaleza el acuerdo contractual contiene una obligación de hacer a cargo de los dos sujetos de la negociación (sindicato y empresa); las partes en efecto se comprometieron a adelantar conjuntamente el estudio de la reclasificación de los cargos del escalafón de la empresa, fijaron para ello el criterio que debía orientar la clasificación (los principios de igualdad y de equidad) y determinaron que el estudio debía llevarse a cabo durante la vigencia de la convención.

(...)

En la demanda inicial del proceso se sostiene que la empleadora incumplió la obligación convencional y que fue renuente a efectuar la reclasificación. Sobre esa única base se apoya el dicho libelo para dar por sentado que operó la reclasificación de la trabajadora en la categoría inmediatamente superior, con las consecuencias salariales y prestacionales correspondientes y a partir del 4 de agosto de 1989.

Sobre esa especial argumentación la Sala observa:

1. La renuencia de la empleadora no es un hecho probado y debió serlo porque el estudio del escalafón de cargos se acordó como una actividad conjunta de la empresa y el sindicato.

2. Como empresa y sindicato no determinaron cuál podría ser la consecuencia de una eventual negativa de la empleadora a adelantar el estudio del escalafón convencional de sus trabajadores, es equivocado sostener que la supuesta negativa implique, necesariamente, el derecho del trabajador a quedar clasificado en la categoría inmediatamente superior. Esa consecuencia no fue expresamente estipulada por las partes. Y tampoco está implícita, pues la reclasificación supone el examen de las funciones del trabajador y la utilización de criterios de igualdad y equidad, lo que descarta la reclasificación automática.

3. Como la estipulación convencional no determina la fecha a partir de la cual debía operar la nueva clasificación de los cargos, pues lo único realmente acordado fue la fijación de un amplio espacio de tiempo para adelantar el estudio de la nómina, no puede decirse, como lo sostiene la demanda inicial, que la elevación a la categoría siguiente y más alta generaba el derecho a obtener el sueldo superior desde el 4 de agosto de 1989.

Vista la sentencia del Juzgado a la luz de las consideraciones precedentes es claro que decidió la controversia mediante una equivocada aplicación automática de la norma convencional, por lo cual la sentencia del Tribunal debe ser confirmada, pues a pesar del error jurídico en que incurrió, acertó al absolver de las pretensiones de la demanda.(...)

Con el fin de ilustrar lo atiente al carácter que puede tener un precepto reconocido como derecho adquirido, frente a la mera expectativa del mismo, se hará referencia al criterio desarrollado por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad dentro de los expedientes D-5310 y D-5321, que a su tenor refiere:

*"Fiore dice que el derecho adquirido en atención a la ley nueva, es el **derecho perfecto**, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho. Dice el mismo autor 'lo pasado que queda fuera de la ley es el derecho individualmente ya adquirido en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente.'*

Luego de hacer una exploración en la doctrina y la jurisprudencia acerca del tema de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, en la sentencia se expresó sobre estos dos conceptos:

“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

Por ende, para el caso de la especie, los firmantes de la CCT son los únicos que pueden modificarla, aclararla o complementarla, atendiendo a que dicho articulado es Ley para quienes lo celebran, quedando de esta forma atados a las obligaciones que ella demanda e impone y cobijados por los derechos que la misma establece. En el asunto concreto del derecho a la reclasificación, es claro que su consagración no superó el grado de anhelo o expectación y, por tanto, no alcanzó el perfeccionamiento requerido para su demanda.

Bajo este entendido, resulta diáfano que la reclasificación no fue aplicada al cargo desempeñado por parte del exportuario ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA en vigencia de su relación con la empresa portuaria, por cuanto no se cumplieron los requisitos que la misma convención establecía para tales efectos, no pudiéndose predicar la integralidad de los factores que se exigían para su usanza, y quedando de esta manera en una simple posibilidad, sumado a que a pesar de no ser jurídicamente viable su reconocimiento, en algunos casos se pagó el rubro por compensación consagrado en la CCT. De allí que no ofrece la menor duda que la entidad portuaria canceló el valor correspondiente a la compensación a que tenían derecho, y no era procedente que estos reclamaran a aquélla las diferencias por la reclasificación del cargo, porque, se reitera no tenía la naturaleza aún de derecho sino tan sólo de mera expectativa.

Se concluye, entonces, que al extrabajador ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA nunca le asistió derecho para reclamar este concepto, toda vez que, por una parte, no se acreditó la presentación del estudio por parte del sindicato y la empresa, que se constituía en ingrediente indispensable para la aplicación del beneficio convencional y su consiguiente reconocimiento por vía judicial, como en el caso analizado.

En este orden, emerge prístina la ilegalidad de lo reconocido en los fallos emitidos por los Juzgados 8 y 2 Laborales del Circuito de Barranquilla en favor de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA representado por el togado acriminado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, providencias pagadas por las resoluciones 2371 de 1996 y 2070 de 1998, toda vez que se obtuvieron, sin derecho alguno a ello, rubros económicos que incrementaron el peculio de terceras personas.

4.2. Sentencia sin surtir el grado jurisdiccional de consulta.

En lo relativo a la obligatoriedad que acompasaba los fallos emitidos contra COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS respecto del grado jurisdiccional de consulta, resulta imperioso aquilatar que la falta de unidad de criterio jurisprudencial frente a la imposición legal de esa exigencia procesal, se constituyó en elemento facilitador de la materialización de órdenes judiciales de pago, conciliaciones y resoluciones administrativas que dispusieron el pago de las sumas decretadas en sentencias, de suerte que si bien es cierto en algunos casos se surtió dicho grado jurisdiccional, no lo es menos que tal revisión oficiosa de la judicatura se llevó a cabo con posterioridad a que se emitieran los actos dispositivos por parte de los funcionarios de la entidad portuaria en liquidación.

Cabe memorar que sobre este t3pico la Ley y la jurisprudencia se1alan que en materia laboral tal escrutinio oficioso es de obligatorio cumplimiento de conformidad con el art3culo 69 del CPT, el cual dispone: “*ser3n consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Naci3n, al departamento o al municipio*”.

La incidencia de este lineamiento jur3dico debe guardar congruencia con la doctrina emanada del m3ximo 3rgano penal colombiano en lo tocante a FONCOLPUERTOS y la situaci3n hist3rica de la comisi3n de los hechos que se analizan, atendiendo que otrora no hab3a solidez conceptual acerca de la instituci3n que llamaba a someter las sentencias laborales contrarias a FONCOLPUERTOS al mencionado grado, tema que fue dilucidado por la Sala de Casaci3n Laboral y la H. Corte Constitucional a finales del a1o 1999, de donde emerge que ocup3ndose de fallos de condena contra esa entidad estatal, tal precisi3n sobre la revisi3n oficiosa no se hallaba libre de dudas antes de las postrimer3as del a1o 1999, como se expondr3.

A pesar de que para ese per3odo reg3a la disposici3n 69 del CPT, los precedentes jurisprudenciales estructuradores y pertinentes corresponden al fallo adoptado por la Sala de Casaci3n Laboral el 19 de octubre de 1999, en el caso 12158, con ponencia del H. M. Dr. Rafael M3ndez Arango; y a la sentencia SU-962 expedida por la Corte Constitucional el 01 de diciembre de 1999, siendo ponente el H. M. Dr. Fabio Mor3n D3az, 3ltima providencia que unific3 en sede de tutela la doctrina de la guardiana de la Carta sobre el particular, de la cual se estima oportuno citar el siguiente aparte:

*“(...) Ante tan claras disposiciones, a juicio de la Corte no hay ninguna duda acerca de la obligatoria aplicaci3n del art3culo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitaci3n de la consulta de las sentencias de primera instancia que sean total o parcialmente adversas a **FONCOLPUERTOS**, toda vez que el pago de las acreencias reconocidas estar3a a cargo de la Naci3n, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de **COLPUERTOS** y de **FONCOLPUERTOS**, seg3n lo dispusieron, en particular, la Ley 1^a de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto-Ley 1689 de 1997.
(..)”*

La Sala de Casaci3n Penal hizo pronunciamiento de manera pac3fica y consecuente respecto del entendimiento que se ha materializado sobre este tema, como se observa en la decisi3n emitida el 22 de febrero de 2012, dentro del asunto 35606, con ponencia del H. M. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, donde se sostuvo:

“... En punto del delito de peculado, no resulta imperioso establecer que la orden de pago emitida a trav3s de una sentencia y de unos mandamientos ejecutivos, configuran prevaricaci3n judicial, baste con establecer que el superior jer3rquico revoc3 tales decisiones al encontrarlas contrarias al orden jur3dico, m3s all3 de que esa contrariedad con el ordenamiento legal, no haya sido objeto de condena penal por el transcurso del tiempo.

As3 las cosas, por una parte el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, decidi3 en providencias del 22 de agosto y 28 de noviembre de 2001 que era imperioso que se surtiese el grado jurisdiccional de consulta, y aunque la omisi3n en la tramitaci3n del mismo, no pueda considerarse como manifiestamente ilegal, ni mucho menos configurativa del delito de prevaricato, dado que no era claro el asunto desde el punto de vista jurisprudencial, ello no es obst3culo para que la omisi3n sea analizada y valorada en el contexto de los hechos y a3n m3s de otros delitos.

Como certeramente lo advierte el defensor, mediante sentencia del 10 de agosto de 2010, dentro del radicado 34175 expuso la Corte:

Sobre este t3pico, la Corporaci3n encuentra que para los a1os 1997 y 1998 no era un3nime la posici3n doctrinal y jurisprudencial sobre tales aspectos, por cuanto la naturaleza jur3dica de establecimiento p3blico otorgada por el Decreto Ley 36 de 1992 al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, no encajaba en el tenor literal del art3culo 69 del C3digo Procesal Laboral, situaci3n que gener3 variadas interpretaciones. En efecto, el canon legal preve3a: ‘Adem3s de estos recursos existir3 un grado jurisdiccional denominado de consulta.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.'

Sólo con la emisión de la sentencia No. 12158 de octubre 19 de 1999 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se unificaron criterios en el sentido de que el grado jurisdiccional de consulta, no obstante su carácter de establecimiento público, debía ser concedido a favor de FONCOLPUERTOS⁴⁴, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

'Por sus funciones y el origen de sus recursos, y dado que la directamente obligada es la Nación, resulta imperativo entender que el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, si bien es un establecimiento público, su naturaleza jurídica es de carácter especial, por lo que se justifica que las prerrogativas establecidas directamente en el decreto de creación se extiendan aun al grado jurisdiccional de consulta, cuando la providencia le fuere total o parcialmente adversa, porque en este caso se está hablando de obligaciones contraídas por la Nación. Máxime que dentro de sus funciones se le ordena "ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación y del Fondo'.

Como quiera que para la época en que el doctor MANUEL EDUARDO HERNÁNDEZ BALLESTEROS profirió las sentencias cuestionadas no había unidad de criterio entre los diferentes operadores judiciales sobre la procedencia o no del grado jurisdiccional de consulta, no puede calificarse por este aspecto la decisión de manifiestamente contraria a la ley. Si bien la postura jurídica que pregonaba la improcedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS a la postre resultó contraria a los parámetros que vía jurisprudencial fijó la Sala Laboral de la Corte, tal claridad surgió con posterioridad a la emisión de las providencias censuradas. En el mismo sentido, sólo hasta el 1 de diciembre de 1999 la Corte Constitucional en sentencia de tutela SU 962, sentó postura, reafirmando la procedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS.

Por manera que, si bien la omisión de consultar la sentencia condenatoria no puede resultar manifiestamente contraria a la ley, ello no obsta para que se le considere como parte de un despliegue total de maniobras que se encausaban a defraudar el patrimonio estatal, aprovechando la confusión que sobre el particular se generaba, omitiendo el grado de consulta y con ello eliminando lo que podría constituir un obstáculo en el logro de los objetivos defraudatorios..."

Acompasando estos lineamientos con los eventos materia de estudio, no ofrece duda que la mentada sentencia emitida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, surgió mucho antes del 19 de octubre y 1 de diciembre de 1999, para cuando se esclareció el tema relativo a la obligatoriedad de ejercer el grado jurisdiccional de la consulta respecto de los fallos adversos a COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra el acusado por el hecho de que para la época de emisión de la sentencia no se tuviera la definición en la jurisprudencia nacional sobre la perentoriedad del ejercicio del grado oficioso de revisión comentado, sumado a que el sometimiento de la actuación al mismo no corresponde a un deber atribuido por Ley a la parte actora, sino en principio a la judicatura por tratarse de un trámite oficioso, que para ese momento, se recuerda, tenía en duda su obligatoriedad.

Ahora, ciertamente la sentencia fue emitida en primera instancia por el aludido Juzgado Laboral, siendo contraria a la Ley y a los intereses de FONCOLPUERTOS, cuando aún no era palmaria la perentoriedad de su sometimiento al grado jurisdiccional de consulta según las providencias de la Sala de Casación Laboral y de la H. Corte Constitucional arriba enunciadas, y, por ende, no resulta penalmente reprochable al acriminado que se hubiere considerado, en gracia de discusión, que había adquirido firmeza luego de no ser apelada por la parte vencida, ni era imprescindible aplicarles dicho trámite oficioso por no reputarse necesario.

No obstante, el hecho de que tal fallo no fuera impugnado en alzada, se hubiere desistido de la apelación, se declarase desierta la alzada, no se realizara en el

⁴⁴ En el mismo sentido, las sentencias de la Sala Laboral de la Corte del 5 de diciembre de 2001, Rad. 17222, del 25 de enero de 2002, Rad. 17216, del 13 de abril de 2011 radicado 35854, del 16 de marzo de 2011 radicado 35839, crean así la certeza de la existencia de una línea jurisprudencial por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

tiempo oportuno sino mucho después, o no se realizase efectivamente el grado de consulta, condujo a que la erogación dineraria a cargo del Estado en los eventos analizados se llevara a cabo sin que efectivamente la judicatura valorara mediante la actividad del Juzgador de segundo nivel la legalidad de las pretensiones y del fallo, facilitando así el menoscabo del erario.

De conformidad con los lineamientos esbozados, resulta claro que para la fecha de proferimiento de la sentencia tantas veces memorada, no se encontraba sentado el criterio unificado nacional respecto de la obligatoriedad de agotar el referido trámite jurisdiccional en casos como el presente, y, por tanto, no puede ser tenido en cuenta como determinante de ilicitud en el actuar del acriminado, de los directivos de la empresa o de las autoridades judiciales que conocían de los asuntos.

También resulta cierto que, en torno de las reclamaciones que culminaron con la mencionada sentencia y el mandamiento de pago proferidos por el referido Juzgado Laboral del Circuito de Barranquilla, como ya se analizó, aviene libre de hesitación que el demandante carecía del derecho material para recibir los conceptos en las cantidades pretendidas, como ya se indicó, a pesar de la no revisión por parte del superior funcional, lo que no desvirtúa de ninguna manera lo pregonado, esto es, que la obtención de los resultados jurídicos y económicos señalados avienen abiertamente constitutivos por vía objetiva de comportamientos típicos y antijurídicos de peculado por apropiación.

De otro lado, aunque el órgano persecutor no realizó dentro del marco fáctico de la acusación por los hechos y circunstancias que rodean el injusto derivado de la promoción de la acción laboral ordinaria junto a la materialización y efectos del citada sentencia de primera instancia, el análisis pertinente en cuanto al claro desconocimiento de lo normado en el artículo 177 del CCA, seguidamente el Despacho expondrá lo propio sin que esto, como en otro evento ya citado, configure una adición a la imputación fáctica.

Se detalla que el mandamiento de pago referido emitido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, ordenó cancelar rubros dinerarios con cargo al Tesoro Público antes de que feneciera el período de 18 meses posterior a la supuesta ejecutoria de la sentencia de primer grado, como revelan las fechas pertinentes señaladas, con desconocimiento de lo normado en la regla 177 del CCA, de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

Así lo ha dejado ver la citada Alta Colegiatura en providencia de 16 de marzo de 2011, adoptada en el caso No. 35839, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez:

“En ese plexo indiciario que termina por comprometer al acusado, debe así mismo hacerse alusión a lo consignado por la primera instancia en lo concerniente al hecho, jamás controvertido por la defensa, que el procesado dejó pasar bastante tiempo, luego de que se unificaron las posiciones jurisprudenciales de la Corte Suprema y la Constitucional, para hacer llegar en consulta sus fallos, por lo demás, obligado después de que así lo demandó la representación de la Empresa Puertos de Colombia.

Tampoco el defensor aludió a la manifiesta intención de favorecer a los demandantes, inserta en el comportamiento acucioso desplegado para librar el mandamiento de pago consecuencial a las sentencias que acogieron las pretensiones de los demandantes.

Si, como lo establecía el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, las condenas contra la Nación o entidades territoriales sólo pueden ejecutarse después de 18 meses de la ejecutoria del fallo, no era posible que el procesado librase los correspondientes mandamientos de pago con antelación a ese perentorio plazo.

En contra de lo que la ley contempla, el acusado, en los tres casos examinados, libró el mandamiento de pago 12 o 13 días después de dictadas las sentencias respectivas, como así se hizo constar por el A quo en la decisión que aquí se revisa.

Precisamente, tan ostensible yerro obligó que el procesado, conforme previamente lo solicitara el apoderado de FONCOLPUERTOS y admitiendo el alcance del artículo 177 del C.C.A., cabalmente desarrollado por la Corte Constitucional, anulara el trámite seguido al asunto, incluso desde que se libraron los mandamientos de pago en comento.

Como se aprecia, la definición de que el acusado tomó dolosamente decisiones manifiestamente contrarias a la ley y que así obtuvo el pago de dineros indebidos a terceros, no nace apenas de una u otra manifestación judicial controversial, o siquiera de que de buena fe errara al aplicar la ley, sino de una serie de actos inequívocamente dirigidos a tan protervo fin, materializados tanto en el contenido de las sentencias laborales, como en los mandamientos de pago, la celeridad, desde luego ilegal, en librar estos, y la completa desatención cuando supo o debió saber que existían decisiones definitivas en torno de la necesidad de consultar los fallos en mención”.

Este aserto, sin que, según lo dicho, configure una adenda a la imputación fáctica consignada en la acusación, ratifica la ilegalidad de lo actuado, toda vez que, además de lo expuesto, saca a la luz otra de las vías por las que se quebrantó el ordenamiento jurídico nacional.

5. Tipicidad.

5.1. El Despacho, luego de encontrar probadas las irregularidades referidas, estudiará si son constitutivas de la conducta por la cual se procede.

El delito de peculado por apropiación, como ya se estableció, se halla regulado en el artículo 397 original del CP aplicable a este caso. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, dicho tipo penal comporta las siguientes características.

Refiere a un comportamiento punible de sujeto activo calificado, esto es, que la conducta material o ejecutiva, debe ser desplegada por un servidor público, quien según el artículo 20 del estatuto represor se entiende: *“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo de la Constitución Política”.*

La conducta descrita en el tipo consiste en que ese servidor público se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones donde éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes particulares. De donde surge que el objeto material del peculado por apropiación se constituye por los bienes sobre los cuales recae la apropiación.

El verbo rector del tipo es “apropiar”, por el cual *“(…) se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición ‘uti dominus’, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, de otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración”*⁴⁵.

De cara al elemento subjetivo del tipo, *“en provecho suyo o de un tercero”, tenemos*

⁴⁵ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

que el “provecho es cualquier utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidos o procurados por el infractor, sin que importen su naturaleza, oportunidad ni proporciones”⁴⁶. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo⁴⁷. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSÉ CANCINO sostiene que dicho elemento subjetivo “(...) indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, pero sin que sea preciso que la real apropiación se agote. Es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente (...)”⁴⁸.

Por ello, el beneficiario del provecho no sólo puede ser el autor del delito, sino también un tercero, como lo estableció la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de agosto de 1989, con ponencia del H. M. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, cuando dijo: “Tal comportamiento corresponde, entonces ampliamente, con aquel que describe el Código Penal en su artículo 133 bajo la denominación del peculado, sin que puedan acogerse los reparos de la defensa al objetar que en esa acción no consiguió la acusada beneficio alguno, cuando la norma prevee la alternativa aquí cumplida de que la apropiación ocurra no solo en beneficio del empleado desleal, sino también de “un tercero”, siendo lo relevante el destacar que el acto de abuso no permite interpretación distinta a la voluntad de “Apropiación”, cuando el manejo de los bienes administrados se cumple al margen de las formalidades legales, y procediendo con la misma amplitud y autonomía como ocurre en el manejo de los propios bienes” (subrayado fuera del texto).

Es necesario que dichos bienes se hubieren confiado al servidor público para su administración, tenencia o custodia, por razón o con ocasión de sus funciones, es decir, que los bienes deben haberle sido entregados con una finalidad o intención específica, esto es, para su administración, tenencia, o custodia, y dicha potestad para administrar, custodiar o tener la debe fijar la norma jurídica que rige la respectiva función adscrita al servidor público, pudiendo asumir, en algunos casos, la forma de un acto administrativo.

Finalmente, frente a la expresión “por razón o con ocasión de sus funciones”, es preciso manifestar que *“la entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia, física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidor, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*⁴⁹. Por lo que *“no es necesario que los bienes que constituyen el objeto material de la infracción en comento sean detentados por el servidor público con una tenencia material o directa, como que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica, es decir, (...) aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el servidor público”*⁵⁰.

⁴⁶ PEREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial*. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

⁴⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

⁴⁸ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

⁴⁹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

⁵⁰ *Ibídem* pág. 97

Ahora, de vuelta al asunto de la especie, si bien no le corresponde al Despacho realizar el juicio de responsabilidad de los Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla que emitieron las decisiones cuestionadas, ni de los directores generales de FONCOLPUERTOS de la época y a quienes los representaron en el acta de conciliación referida, ni del Inspector de Trabajo que participó en su suscripción, se hace necesario establecer si se desplegó al menos una conducta típica y antijurídica, ya que la “determinación” para ser punible requiere, en virtud de la denominada accesoriedad limitada⁵¹, que la conducta del autor no sólo sea típica sino también antijurídica.

En efecto, en el fallo expedido el 11 de julio de 2000, con ponencia del H. M. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, dentro del asunto 12758, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que en tratándose de la figura del determinador, para que se configure el punible no se requiere que esté acreditada la autoría y responsabilidad del agente o sujeto calificado. Así lo dijo esa máxima Corporación:

“(...) Ello se debe, en primer lugar, a que la responsabilidad penal es individual y personalísima, y que por el carácter limitado de la accesoriedad de la determinación frente a la autoría material del injusto, no puede exigirse como presupuesto para la punición de aquella, la concurrencia de todos los elementos que integran el delito y la responsabilidad del autor; de ahí que para establecer la responsabilidad del determinador no resulte preciso que el comportamiento del autor sea necesariamente punible, sino sólo que aparezca probado en el proceso que a consecuencia de la instigación del partícipe, el autor llevó a cabo una conducta típicamente antijurídica (...)”

Conforme a lo reseñado, las sumas reconocidas en la providencia del 26 de marzo de 1996 y el mandamiento de pago de 26 de abril de 1996, emitidos por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla en favor de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, junto la resolución 2371 de 10 de diciembre de 1996 y el acta 8 de 22 de abril de 1998 y la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998, que ordenaron cancelarlas, representan una cifra dineraria que en cuanto bien, se dio con cargo al Tesoro Público y, por tanto, el comportamiento se ajusta materialmente al tipo penal establecido en el artículo 397 del CP, esto es, peculado por apropiación agravado, el cual es atentatorio contra la administración pública, de donde emerge igualmente su antijuridicidad.

El Despacho encuentra que las providencias judiciales proferidas por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, proferidas por la concurrencia del togado PÉREZ GONZÁLEZ, reconocieron el reajuste pensional y pago de salarios moratorios, junto con el acta de conciliación y resoluciones administrativas que las pagaron, producto de reconocimientos contrarios a derecho como las diferencias de sueldo producto de reclasificación de manera contraria a la CCT; reconocimiento, que de acuerdo con lo indicado, no tenían sustento legal ni convencional, por lo que los aludidos servidores públicos, concurrieron personalmente en la confección y emisión de tales actuaciones disponiendo ilícitamente del patrimonio del Estado a favor de terceros, en este caso del exportuario referido representado por el togados acriminado, mediante actos que estaban inequívocamente restringidos al ámbito de su competencia y dirigidos a la apropiación de bienes del Estado, sin que mediara fundamento legal alguno para ello.

En lo atinente a la agravante por la cuantía, de acuerdo con las resoluciones 2371 de 10 de diciembre de 1996 y 2070 de 20 de mayo de 1998, no ofrece duda que producto de las referidas providencias judiciales se ordenó el pago de

⁵¹ “(...) en la legislación de 1980 nada se estableció sobre la accesoriedad; por lo tanto, la solución del problema se dejaba a la doctrina. Hoy, en virtud de lo previsto en el artículo 30, el legislador previó, expresamente, la accesoriedad limitada (...)” HERNADEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

\$32.959.314,70 y \$8.423.382,18, respectivamente, montos que equivalen a **231,90 SMLMV del año 1996** y a **41,32 SMLMV del año 1998**, tal como ya se señaló, adecuándose con creces al monto exigido en el inciso 2° del canon 397 original del CP, norma especial que aumenta la punición para el peculado por apropiación.

Por tales motivos, el Despacho encuentra acreditado que la conducta descrita es típica y antijurídica, y corresponde al punible de peculado por apropiación agravado, de acuerdo con el canon 397 primigenio inciso 2° de la actual codificación represora, dado que en razón del comportamiento perpetrado por servidores públicos habilitados para disponer del erario terceras personas se vieron amparadas con actos enderezados a la apropiación indebida de bienes estatales que estaban bajo su administración y custodia en atención a sus funciones, por cuantía superior a 200 SMLMV, configurando con ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

5.2. Establecido que el actuar del procesado es objetivamente típico y antijurídico, se entra a analizar la conducta desplegada como presunto determinante.

Se encuentra demostrado que el procesado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, conocía que con su actuar podía incurrir en una conducta punible, y aun así la realizó.

En efecto, sin que medie hesitación alguna, se percibe que el acusado como profesional del derecho y con experiencia litigiosa en el área laboral, conocía a qué tenía derecho el exportuario que representó, y sabiendo eso, gestionó e impulsó proceso ordinario laboral, así como que inició trámite ejecutivo laboral posterior, donde se solicitó el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, sin ningún fundamento jurídico y/o convencional; actuaciones realizadas por aquel togado a fin de obtener los reconocimientos y pagos que perseguía, reconocidos por providencias judiciales, y posterior resolución administrativa, concretando un peligro y detrimento para bienes estatales sin justificación alguna en los puntos arriba detallados.

Este aserto se concluye con fundamento en lo acreditado en el expediente, incluida la versión misma ofrecida por el acriminado.

De hecho, en su injurada el acriminado PÉREZ GONZÁLEZ manifestó que se desempeñó como litigante en el área laboral, en específico, representando exportuarios de FONCOLPUERTOS desde 1986, con quienes suscribía contratos de prestación de servicios profesionales, donde se consignaba la pretensión, la manifestación de autenticidad de los documentos a él entregados y el monto de los servicios profesionales.

Además, dijo que representó a varios extrabajadores como abogado sustituto en el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla, donde se pretendía la reclasificación de los cargos de supervisores de cuadrilla de la categoría 8ª a 9ª nivel f, por la desnivelación salarial desde 1981, a lo que agregó que también actuó y presentó demanda en el proceso adelantado en el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla que peticionó la reliquidación de cesantías, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios con base en la referida sentencia del Juzgado 2 y que le sustituyó el poder a FABIO ÁVILA MORALES por motivos de enfermedad debido a una depresión psicótica que lo llevo a internamiento, togado que no le informó lo adelantado ni tampoco suscribió ningún acta de entrega.

Así, el Juzgado observa desprovistos de virtud exculpatoria lo sostenido por el acriminado al momento de ejercer su defensa material en los distintos momentos de este proceso penal, y se tiene que el conocimiento que tenía acerca de la

materia, especialmente lo relativo a la normativa convencional, refleja su ciencia sobre los derechos que se desprendía de la regulación legal y convencional junto a sus límites, así como la ilicitud de las pretensiones que configuró la conducta típica y antijurídica aquí estudiada.

El acusado, con la correspondiente habilitación para ejercer la postulación, impulsó el trámite judicial, participando en las distintas etapas de los procesos laborales ante el Juzgado 2 y 8 Laborales del Circuito de Barranquilla, actuando como sustituto en el primero y presentando demanda y su respectivo cumplimiento en el segundo, así como radicando memoriales ante FONCOLPUERTOS, orientado a obtener, entre otras acreencias, la reliquidación de cesantías, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios por la diferencia salarial por reclasificación fundado en fallo judicial, sin fundamento jurídico admisible; pretensiones que concluyeron en la posterior conciliación y resoluciones administrativas que generaron el consecuente detrimento patrimonial de la Nación.

Es diáfano que como profesional del derecho, sabía que al reclamar conceptos laborales sin sustento jurídico ni fáctico respecto de su representado como la reliquidación producto de reclasificación, se estaría incurriendo en conducta punible al ser contrarios a derecho, derivándose como única consecuencia posible la reliquidación ilícita de la pensión y el pago de salarios moratorios, tornándose en una defraudación de las arcas públicas.

Estas conclusiones revelan que el acriminado era consciente de haber impulsado y gestionado dichas reclamaciones insustanciales e inadmisibles en derecho, pero a pesar de ello decidió obrar en sentido contrario a la Ley, sin que resulte aceptable que la actuación de los servidores públicos sea una eximente del comportamiento del togado, ya que aquellos obraron en tal sentido porque el aquí encausado los llevó a ello, con la finalidad de que los mismos accedieran a su pedimento; y sin que sea tampoco admisible pretender desconocer que su labor como profesional del derecho implicaba el acopio de la documentación requerida y el conocimiento previo de la realidad concreta que iba a debatir en sede judicial y/o administrativa, incluida la revisión de las hojas de vida y las CCT, y que no es exculpatorio de sus actuaciones, el hecho de que hubiese sustituido sus poderes a efectos de obtener el pago de los fallos, más aun cuando participó en ambos procesos judiciales ante los Juzgados 2 y 8 Laborales del Circuito de Barranquilla, o que el extrabajador lo hubiese supuestamente engañado.

Ahora bien, igualmente resulta claro y cierto que la participación de varios profesionales del derecho en trámites judiciales y administrativos como el que aquí se estudia, estaba previa y conscientemente creada y delineada para hacer creer a los inexpertos que finalmente a ninguno de tales era atribuible responsabilidad alguna, ya que aparentemente ésta surgía diluida y no era apreciable que uno solo hubiese llevado a cabo todo el acto delictual desde su inicio hasta su punto de remate; empero, esa estrategia, consistente en una cadena real y material de determinadores, no llama a confusiones ni tampoco a dudas, toda vez que resulta diáfano el entramado creado de sucesiones de poderes, ora por concesión directa del mandante ora por otorgamiento de sustituciones o suplencias del mandatario, con miras a que cada uno de los togados atendiera algún segmento del trámite. Así, al observar que cada acto va unido al siguiente para formar un todo y que por la actividad de todos se logra el objetivo pretendido desde el inicio, no emerge hesitación en cuanto que todos, salvo excepciones que surgen de la base del engaño, la inexperiencia u otros, por ejemplo, lo cual no se acredita en este asunto, obran en razón y como respuesta a la intencionalidad común que subyace a todos y que unifica cada acto en una secuencia para perpetrar el ilícito propuesto, de modo que cada cual participa en su momento como real determinador que recibe la labor y el producto parcial de su antecesor delictual, lleva a cabo la suya y entrega el resultado a su sucesor para que éste haga lo propio, siendo patente entonces la

unidad de plan, de conocimiento, de intención, de voluntad, de objeto y de fin ilícito que compromete objetiva y subjetivamente a esta clase de partícipes.

Por manera que el Despacho arriba al convencimiento exigido por el ordenamiento jurídico acerca de que el encausado desplegó actividad típica y antijurídica peculadora aquí analizada con dolo, es decir, con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y con entera voluntad de desarrollar la conducta y conquistar la finalidad delictual y sancionada por la Ley previamente propuesta, aspecto que pone de presente la intención manifiesta para defraudar a la entidad estatal, lo que permite atender estos hechos no de manera aislada sino como una unidad inescindible, por ello estos actos no resultan inocuos sino trascendentales en el presente asunto.

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento del procesado así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por el mismo para perpetrar la conducta que se examina⁵², puesto que aviene inevitable que las pretensiones formuladas se gestaron en medio de masivos cobros irregulares por parte de abogados y los extrabajadores, quienes de manera generalizada y en vista de la liquidación de la Empresa Portuaria, del desgüeño administrativo de la misma y su pronta desaparición, entablaron altísima cantidad de reclamaciones, aún sin justificación alguna, amparados en interpretaciones amañadas de Convenciones Colectivas de Trabajo, con de una u otra forma concurrencia de Jueces y funcionarios de esa entidad estatal.

Ese hecho es abiertamente conocido en la historia de este país, y ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia nacional, como lo cita y precisa la Sala de Casación Penal de la H. de la Corte Suprema de Justicia en providencia emitida el 01 de abril de 2009, en el radicado No. 28128, cuando adujo:

“...se investiga a servidores públicos, abogados y trabajadores de Puertos de Colombia, resultando palmario en tales asuntos que el fondo de liquidación de dicha entidad se convirtió en la caja menor de personas que se propusieron obtener retribuciones económicas que en estricto derecho no les correspondía⁵³.

⁵² La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

⁵³ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido sentencias y autos de casación, y como juez de primera y segunda instancia por hechos referidos a la defraudación de Foncolpuertos por delitos de *peculado, prevaricato, fraude procesal, estafa, falsedad, concierto para delinquir* y otros punibles, así: 07/11/2001, radicación 18882; 12/05/2000, radicación 16863; 25/09/2001, radicación 18021; 28/11/2002, radicación 17022; 16/12/2002, radicación 19095; 21/01/2003, radicación 19489; 06/03/2003, radicación 18021; 23/04/2003, radicación 18021; 27/05/2003, radicación 18666; 26/11/2003, radicación 19630; 09/02/2005, radicación 23153; 04/05/2005, radicación 23550; 15/11/2005, radicación 24466; 26/01/2006, radicación 20647; 18/05/2006, radicación 23350; 01/06/2006, radicación 21428; 16/06/2006, radicación 24746; 16/06/2006, radicación 24145; 16/06/2006, radicación 23954; 22/06/2006, radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615; 23/11/2006, radicación 26300; 23/11/2006, radicación 26091; 01/02/2007 radicación 26198; 28/02/2007, radicación 23564; 28/02/2007, radicación 25475; 07/03/2007, radicación 23979; 21/03/2007, radicación 26695; 27/03/2007, radicación 27124; 09/04/2007, radicación 27124; 11/04/2007, radicación 25612; 20/04/2007, radicación 27124; 27/04/2007, radicación 27124; 03/05/2007, radicación 27124; 06/06/2007, radicación 25661; 27/06/2007, radicación 27393; 01/08/2007, radicación 27598; 01/08/2007, radicación 25263; 15/08/2007, radicación 25800; 06/09/2007, radicación 27092; 28/11/2007, radicación 24905; 28/11/2007, radicación 27225; 30/01/2008, radicación 25043; 20/02/2008, radicación 27425; 29/02/2008, radicación 29222; 06/03/2008, radicación 29317, entre otros asuntos.

Para el efecto y en aras de la obtención de actos administrativos o fallos judiciales, abogados y trabajadores presentaron peticiones y demandas que a la postre, y en muchos asuntos con la intervención de servidores públicos, le significó a Foncolpuertos egresos millonarios que nunca debió poner a disposición de los defraudadores...”

También dijo en otra decisión:

“...Un tal modus operandi se ajusta a la perfección a aquel que de años atrás ha caracterizado uno de los episodios de corrupción más deplorables, como lo ha sido la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, a través del fondo especial –Foncolpuertos- que el Ejecutivo creó para esos efectos, y que puso en cabeza de la Nación la asunción del costo del complejo procedimiento.

Recuérdese –tal como lo ha precisado la Sala en abundantes pronunciamientos emitidos en sede de casación⁵⁴- la manera en que operó la masiva defraudación a los bienes estatales, cuando los ex trabajadores portuarios -a través de un bien montado contubernio en el que participaron abogados litigantes y, de manera decisiva, algunos jueces laborales- se hicieron a multimillonarias e ilegales prestaciones, aprovechando así, no solamente el desorden administrativo imperante en todo el proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, sino la participación de funcionarios judiciales corruptos que hicieron caso omiso de la ostensible improcedencia de las demandas instauradas.

El anterior proceder ha constituido lugar común en las numerosas defraudaciones a los bienes del Estado con ocasión de las demandas dirigidas contra Foncolpuertos, a tal punto que, a través de incontables pronunciamientos jurisprudenciales, se ha elevado a una verdadera regla de experiencia, la cual fue aplicada a varias de las también numerosas sentencias condenatorias...⁵⁵”

Es claro que el procesado utilizó este contexto en cuanto oportunidad y escenario propicio para perpetrar la conducta que se examina⁵⁶. En efecto, se aprecia que el mismo se encontraba en el momento en el que la entidad estatal estaba sometida por un inmenso número de extrabajadores a reclamaciones y demandas judiciales enderezadas a obtener el pago de todo tipo de rubros, lo que hace emerger a la luz de los principios que gobiernan la sana crítica, la persuasión racional y la valoración probatoria el indicio de oportunidad grave contra el acriminado, máxime cuando sus reclamaciones se enderezaron a lograr efectos dinerarios ilícitos, y cuando al interior de FONCOLPUERTOS era conocida la ligereza con que sus dependencias internas emitían conceptos en torno de las presuntas conductas delictivas cometidas con las reclamaciones y su acogimiento, la falta de defensa integral de la Nación, y el bajo nivel de importancia dado al control respecto de las peticiones formuladas y de los conceptos estimados por los Jueces Laborales del Circuito, como se desprende de los medios documentales incorporados oficiosamente por este Estrado mediante traslado de prueba de otros procesos.

Finalmente, corrobora lo expuesto el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del “escándalo” de la referida Empresa Portuaria, el cual sin duda alguna era sabido por los abogados, los extrabajadores, los exempleados y dirigentes de esa entidad así como por la comunidad nacional, percibiéndose que los mismos trabajadores junto con los abogados ante su eminente liquidación, utilizaran en provecho propio el momento propicio que se brindaba y que les garantizaría la prosperidad de sus pretensiones, por más descabellados que fueran sus fundamentos e ilícita su finalidad, y el pago de las mismas, mucho más cuando

⁵⁴ Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

⁵⁵ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

⁵⁶ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

en el ambiente se difundía la emisión de sentencias y actos administrativos indiscriminados, o conciliaciones, por factores inviables en derecho o rubros no explicitados ni debidamente calculados, favorables a los pedimentos de los exempleados, de forma que sin importar el concepto que se alegara, se obtendrían pingües valores dinerarios, situación que, sin duda alguna, fue robustecida por la falta de atención oportuna de los procesos laborales, la deficiente defensa de los intereses de la Nación, el desparpajo administrativo de esa entidad y el acceder sin óbice legal alguno a los pedimentos, aunado a que se observaba la pronta efectivización de los pagos por la pretermisión temporal del grado jurisdiccional de la consulta en lo que atañe a los fallos de primer grado y al desconocimiento del término de 18 meses para el cobro y/o ejecución de las sentencias previsto en el canon 177 del C.C.A., hechos que claramente se dieron dentro del proceso liquidatorio de la empresa portuaria⁵⁷.

Así, en ese marco de acontecimientos, la realidad brindaba la oportunidad necesaria y requerida para que el acusado, en igual forma que muchos otros extrabajadores, intentara lo propio, los hechos acreditados permiten demostrar que en ese contexto de desfalco de FONCOLPUERTOS el acriminado presentó reclamaciones judiciales, obteniendo diversos reconocimientos.

De hecho, en sentencia del 12 de mayo de 2010, con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González de Lemos, en el asunto No. 29799, el máximo órgano en lo penal, reitera⁵⁸:

“... hacía por lo menos dos años (noviembre de 1996) desde cuando los diversos medios de comunicación escrita y oral de Colombia venían registrando en forma profusa noticias entorno a la millonaria defraudación, precisamente con ocasión del masivo cobro irregular de obligaciones laborales ya pagadas o reliquidaciones infundadas, que se sustentaron en resoluciones espurias, mediante la connivencia entre ex trabajadores, abogados litigantes quienes los representaban, así como apoderados de la empresa, ex directivos de Colpuertos, directivos de Foncolpuertos y lo más importante, funcionarios judiciales...”

Todo aquel ámbito de caos de la empresa portuaria, fue aprovechado por el procesado, pues con el recuento anterior, se muestra como las reclamaciones y gestiones presentadas ante FONCOLPUERTOS se realizaron en tiempo en el que ya era de conocimiento nacional a través de los medios de comunicación las irregularidades que se estaban presentando en torno de la liquidación de la

⁵⁷ La Empresa Puertos de Colombia fue creada mediante la Ley 154 de 1959, siendo transformada ulteriormente, por el Decreto 1174 de 1980, en Empresa Industrial y Comercial del Estado. Así mismo, el 10 de enero se expidió la Ley 1ª de 1991, con el fin de restaurar el sistema de puertos, liquidar y privatizar la entidad; para regular dicho proceso se expidieron los Decretos Ley 035, 036 y 037 de enero de 1992, con los que se disponía, respectivamente, la supresión de empleos como resultado de la liquidación y reglamentar el régimen de pensiones, la indemnización de trabajadores oficiales y la bonificación de empleados públicos; el 036, se ocupaba de la estructura del Fondo, y crea la entidad denominada FONCOLPUERTOS, como un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; y por último, el Decreto 037 se encargó de regular el manejo presupuestal y contable de la empresa Puertos de Colombia, con cargo al caudal que le transfiera la Nación al Fondo de pasivo para la liquidación de personal; mediante el Decreto 1689 de 1997, se dispuso la supresión del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, y se le asignó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la atención de los procesos judiciales y demás reclamaciones de carácter laboral a cargo de la extinta entidad; fue así como por medio del artículo 2º del Decreto 1211 de 1998, se facultó a dicha Cartera para que a través del Grupo Interno de Trabajo (GIT) y de las demás dependencias del Ministerio que debieran intervenir, con arreglo a su estructura y distribución de competencias, se ocupara de la tramitación y autorización del pago de las obligaciones que conformaran el pasivo social del referido ente. También con la Resolución 03137 del 31 de diciembre de 1998, se crea el “Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del pasivo Social de Puertos de Colombia”, con dependencia jerárquica y funcional del Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, encargado de coordinar todo lo concerniente a la Empresa Puertos de Colombia; más adelante dicho Grupo se extinguió y su labor y carga fue asignada a la UGPP.

⁵⁸ Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najjar Moreno.

Empresa Puertos de Colombia, y que llevaban a determinar el actuar para obtener un provecho económico.

Entonces, teniendo en cuenta el desempeño como profesional del derecho, la experiencia laboral y sus atestaciones, se deriva el conocimiento de la ilicitud de las acreencias reclamadas que impulsó, tramitó y reclamó en distintos momentos a nombre del exportuario referido, lo cual se corrobora por el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, revelándose así la desmedida intención de hacerse a ganancias dinerarias por la promoción de tales pedimentos violatorios del ordenamiento jurídico y conculcadores de las arcas públicas, de forma que el Despacho no halla ninguna duda respecto del compromiso subjetivo de este acusado, ni tampoco del dolo con el que actuó.

Fortalece esta conclusión advertir que nadie puede alegar a su favor haber actuado de buena fe cuando quebranta el ordenamiento normativo perpetrando actos defraudatorios lejanos de la verdad, la justicia y la equidad; y cuando a voces de la regla 9ª del Código Civil (CC) ninguna persona puede excusarse en la ignorancia de la Ley.

6. De la determinación

Enseguida, el Despacho se referirá al grado de concurrencia personal del procesado hallado responsable del comportamiento por el cual se procede.

El artículo 29 del CP, establece acerca de la autoría:

“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

Frente al amplificador del tipo denominado participación, se tiene que el precepto 23 del Decreto Ley 100 de 1990 incorporó esta modalidad, la cual fue mantenida por la codificación penal actual en su canon 30, el cual indica:

“ARTICULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

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

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

La doctrina referente a la figura del determinador ha señalado que *“es un partícipe cuya responsabilidad penal se fundamenta en el dispositivo amplificador y se rige por el principio de accesoriadad limitada; el determinado, ejecutor material, es el verdadero autor que tiene el dominio de hecho y por tanto debe reunir las*

*características personales exigidas en el tipo*⁵⁹. También ha sostenido que el “participe es el que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, trátase de una instigación [determinador] o de un cómplice, por ello esta forma de concurso de personas se caracteriza de manera negativa, pues el agente no ejecuta la acción típica”⁶⁰.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha delimitado y establecido las características y requisitos de la determinación. Es así como en sentencia emitida el 13 de abril del 2009, en el caso 30125, con ponencia del HH. MM. Drs. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, estableció:

“(…) El determinador (artículo 30 Ley 599 de 2000) como forma especial de la participación, es aquella persona que por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible. Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir, y como conducta contrae elementos a identificar. En efecto:

Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento, están dados en que aquel se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable.

Desde la teoría del delito, bajo la cual se entiende que los itinerarios puramente ideativos de los comportamientos ilícitos no son punibles, porque ello traduciría penalizar las expresiones del pensamiento, se comprende que los actos del determinador no se pueden quedar en la simple cooperación o solidaridad moral ni en sólo hacer surgir en el otro la idea o en reforzar la ya existente al respecto, sino que además, deberá ser incidente en la génesis de la voluntad criminal del inducido, la cual debe tener una materialización consumada o al menos tentada, pues sin ese principio de ejecutividad no puede haber autoría y menos participación en esa modalidad.

La Corte, al respecto, ha dicho:

Lo que sí merece una reflexión separada es el significado jurídico y gramatical de la conducta determinadora. En efecto, “determinar a otro”, en el sentido transitivo que lo utiliza el artículo 23 del Código Penal, es hacer que alguien tome cierta decisión. No es simplemente hacer nacer a otro la idea criminal sino llevarlo o ir con él a concretar esa idea en una resolución. Esa firme intención de hacer algo con carácter delictivo, como lo sostiene la doctrina jurisprudencial y lo acepta el impugnante, puede lograrse por distintos modos de relación intersubjetiva: el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable.

Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado⁶¹.

A su vez, entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, debe existir un nexo de correspondencia, porque si la resultante difiere de los objetos de incidencias subjetivas realizadas por el inductor, no se le podrá atribuir responsabilidad penal alguna.

La Corte, entre otros pronunciamientos ha dicho que el determinador:

⁵⁹ HERNANDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

⁶⁰ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo de la coacción.

(...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación⁶².

En otra oportunidad dijo:

Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.

*Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico⁶³.*

(...)

Entre esos comportamientos existe un punto de convergencia, cual es que ninguno de los dos tiene el dominio material del hecho criminal de que se trate, con ello se significa que no ejecutan de manera directa la conducta punible, la cual se materializa a través de un referente sobre el que han incidido o inducido. En un caso es llamado "ejecutor determinado" a quien de igual se le deriva responsabilidad penal, y el otro a diferencia, se constituye en "instrumento", el cual actúa exento de reprochabilidad penal, ora por haber sido engañado de manera invencible o coaccionado por una fuerza irresistible (...).

En torno del determinador en los delitos con sujeto activo cualificado, el máximo órgano de lo penal colombiano, en fallo de 3 de junio de 1983, había señalado que la condición especial exigida en el tipo sólo se reclama de quien materialmente realiza la conducta y no del determinador. Sobre el tema precisó esa Alta Colegiatura:

"(...) En cambio en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado (...). En este caso, si se trata de sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien se debe exigirse la calidad."

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

En ese sentido, dicha Corporación en sentencia expedida el 03 de diciembre de 2009, dentro del asunto 32763, con ponencia del H. M. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán, reiteró:

“Bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala, que en los delitos de sujeto activo cualificado –servidor público- es posible atribuir la conducta a título de determinador, al particular que sin ejecutarla directamente, induzca a otro a realizarla, caso en el cual le corresponde la pena prevista para la infracción”.

Descendiendo al caso concreto, contrario a las manifestaciones defensivas del acriminado, de acuerdo con las pruebas que obran en la actuación, es claro, como ya se anunció cuando se trató lo concerniente a la cadena de partícipes, que RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ es responsable a título de determinador del reato de peculado por apropiación agravado, toda vez que si bien es cierto que la doctrina penal ha admitido que la determinación se fragua a través de las modalidades a las que hace mención, no lo es menos que tales corresponden únicamente a ejemplos de mecanismos, sin que alguna vez hubiese establecido un número cerrado (*numerus clausus*), de allí que haga también referencia a ‘*Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema...*’ o a ‘*cualquier otro medio*’ (*numerus apertus*) que viabilice efectivamente que el determinador logre que el determinado obre injustamente en el sentido ilícito que el primero se propone, sin que para este efecto como en el presente asunto, sea necesario el conocimiento previo o concomitante, o la relación interpersonal, negocial, de amistad, o el común acuerdo expreso entre éstos.

Por esta vía, el acusado al impulsar proceso ordinario laboral y al presentar reclamaciones judiciales, previa obtención de poder, con el propósito inequívoco de que su representado se apropiara ilícitamente de dineros públicos, viabilizó efectivamente lo que estaba de su parte para mover el aparato judicial, a fin de que fueran las autoridades judiciales y administrativas competentes las que dispusieran lo necesario, y en la medida de su competencia, ora mediante providencias, ora mediante conciliación, ora a través de resoluciones, para que su propósito se materializara en la realidad, es decir, de lograr que del Tesoro nacional se destinaran algunos rubros para engrosar indebidamente el peculio personal de terceros.

Por ello, resulta diáfana la resolución en el procesado de que dichos servidores públicos cometieran una conducta típica y antijurídica para beneficio de su prohijado, como lo fue que se reconocieran conceptos irregulares en las mentadas providencias judiciales y que la entidad estatal emitiera las resoluciones administrativas mediante la cuales ordenaron pagar montos sin ningún sustento fáctico ni tampoco jurídico.

El acusado PÉREZ GONZÁLEZ, como profesional del derecho, impulsó el trámite judicial, presentando demanda, participando en audiencias y reclamando el cumplimiento de la sentencia con el propósito y voluntad inequívocos de conseguir que la idea delictual se transformara con la necesaria actuación del respectivo servidor público o quien se le equiparaba, en una decisión ilegal favorable a la finalidad delictual por ellos trazada, la cual se concretó en la comisión del delito de peculado por apropiación agravado, sin que sea excluyente de responsabilidad que el acriminado, no participase en el acta conciliatoria o presentase directamente una de las reclamaciones administrativas, toda vez que su actuación en el trámite judicial viabilizó la apropiación indebida de recursos estatales, impulso sin el cual no hubiese proferidos lo reconocimientos ilegales referidos.

Y para tal efecto no era necesario que entre el determinador y el determinado exista una relación interpersonal, de negocios, de amistad, o el común acuerdo expreso,

toda vez que para el caso bastó con que las actuaciones del procesado, inequívocamente dirigida a defraudar el peculio público, constituyesen el motivo de impulso de los trámites pertinentes y de la apropiación irregular.

Así, es evidente que el reconocimiento del reajuste pensional y pago de indemnizaciones moratorias contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, fueron posibles con el concurso efectivo de servidores públicos, como los Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla de la época así como de los Gerentes Generales de FONCOLPUERTOS de manera directa, instancia en la que participó parcialmente el aquí acriminado, quienes tenían la facultad de disponer del erario, cumpliéndose así lo normado en el artículo 20 del actual CP y en el precepto 18 de la Ley 190 de 1995, respecto de quien es considerado como servidor público, logrando determinar el encausado con su conducta criminal la comisión del ilícito aquí analizado.

Las solicitudes elevadas por el procesado, la participación en las instancias procesales, las peticiones de cumplimiento de las sentencias, y, en general, el impulso de los trámites judiciales de dicho togado investido del mandato conferido por el poderdante, constituyeron el motivo que impulsó todo el diligenciamiento que a su turno culminó, en lo que a este acriminado compete, en las pluricitadas providencias judiciales. El actuar del acusado fue un medio eficaz e idóneo para determinar la perpetración del comportamiento ilícito, y apropiación de los dineros del Estado.

Por tal razón, contrario a los argumentos defensivos, el Despacho considera acertada la acusación de la Fiscalía delegada en torno del grado de participación del acusado, esto es, al señalarlo como agente en calidad de determinador, y, no como interviniente como lo pretendía la defensa.

7. La antijuridicidad.

En lo que atañe a la lesividad del comportamiento delictivo del imputado, el Juzgado considera que además de típico es antijurídico, porque resulta atentatorio del bien jurídicamente tutelado conocido como la administración pública.

El valor superior amparado por el ordenamiento normativo en lo que toca al delito de peculado por apropiación, es la administración pública, acerca del cual la doctrina ha decantado que no sólo implica las funciones relativas a la rama ejecutiva del poder público, sino que concierne a las otras, incluso los órganos de control. Es así como se ha sostenido que *“el concepto de administración pública comprende toda la actividad funcional del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa”*⁶⁴. *En el mismo sentido se ha decantado lo que comprende dicho bien jurídico, cuando se manifiesta que “se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”*⁶⁵.

Frente al objeto jurídico de protección específico del peculado por apropiación el tratadista ya mencionado ANTONIO JOSE CANCINO sostiene: *“en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del*

⁶⁴ BERNAL PINZON, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 1

⁶⁵ FRANCISCO JOSE FERRERA, *Delitos contra la Administración Pública*. 3 ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

*Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública*⁶⁶.

La legislación nacional en el artículo 11 del CP establece que *“Para que una conducta típica sea punible requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley”*. Por tal razón la conducta debe no sólo contradecir el ordenamiento jurídico penal, sino que también debe lesionar o poner en peligro efectivamente el alto valor protegido por la Ley.

De cara al caso concreto, se observa que el propósito del acusado consistente en impulsar el trámite judicial y presentar reclamaciones judiciales, para obtener condena a favor de su representado, mediante las cuales se alcanzó el reconocimiento de conceptos laborales a través de providencias judiciales contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, contrarias a derecho, constituyen actos inequívocamente orientados a que se cancelasen de manera irregular acreencias laborales improcedentes en derecho y a generar un desfaldo al erario, generando también una lesión a la administración pública al afectar el interés del Estado en la probidad y corrección de los funcionarios que concurrieron en la confección de tal acto, vulnerando asimismo el desarrollo estatal de las funciones públicas de administración, custodia o tenencia de los bienes estatales.

Por ello, es claro que el acusado con sus actividades no sólo contradijo el ordenamiento jurídico penal, sino que también lesionó el bien jurídico tutelado, sin que mediara justa causa para ello.

8. La culpabilidad.

El mandato 12 del CP establece: *“Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradica toda forma de responsabilidad objetiva”*.

En torno del esquema de culpabilidad consagrado en la Ley 599 de 2000, la doctrina nacional indica que *“El nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), a diferencia del Código Penal de 1980, no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática; sin embargo, se podría afirmar que sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”*⁶⁷.

Respecto de este elemento requerido para la concreción del punible, el Despacho considera que el señor RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ merece el correspondiente juicio de reproche, en calidad de imputable, por haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, al serle exigible otra conducta, ya que al ser un profesional de derecho con experiencia en el litigio, pudo actuar conforme al ordenamiento, por ejemplo, absteniéndose de perpetrar dicha actividad, declinando de las ilícitas deprecaciones; empero, en vez de ello, decidió deliberadamente llevar a cabo la actividad delictual descrita con anterioridad, obrando con conocimiento de la antijuridicidad al saber que su comportamiento es ilícito y que con él lesionaban los más altos valores estatales que garantizan la convivencia, máxime cuando era

⁶⁶ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 93-94.

⁶⁷ CORDOBA ANGULO, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

una persona que por entonces era conocedora de los cánones imperantes y de los asuntos prestacionales y laborales relativos a las reclamaciones y determinaciones aquí examinadas.

Siendo la conducta típica, antijurídica y culpable, y al no encontrar este Estrado la activación de causales de antijuridicidad o inculpabilidad, debe concluir que se logra desvirtuar el principio de inocencia y, por tanto, no es posible aplicar el principio *in dubio pro persona* respecto del acriminado.

Por los motivos aquí expuestos, el Juzgado arriba a la plena certeza de que el acusado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ actuó en calidad de determinador responsable de la conducta delictiva de peculado por apropiación agravado, y por ende se hace acreedor del castigo correspondiente en Ley.

Finalmente, cabe dejar por sentado que con estas consideraciones el Juzgado responde **en lo esencial** a las alegaciones presentadas por los sujetos procesales en los tópicos pertinentes al objeto de este acápite.

VIII. PUNIBILIDAD

El Despacho procederá a establecer la sanción a imponer por la comisión de la conducta punible cometida, analizando lo correspondiente a la pena principal y a las accesorias de cada uno de los condenados.

Acorde a los cánones 60 y 61 del CP, para individualizar la pena del comportamiento delictivo perpetrado por el procesado, es necesario en primer lugar fijar los límites de los mínimos y máximos en los que ha de moverse el Juzgador; en segundo término, dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos; luego, ubicarse en el cuarto correspondiente de acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del canon 61 del estatuto penal; y, finalmente, fijado el cuarto correspondiente en el que se moverá, impondrá la sanción correspondiente según el inciso 3° del mandato 61 del CP.

1. De la sanción privativa de la libertad

El peculado por apropiación trae como pena de prisión, según la disposición 397 original del CP vigente, de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses. Empero, en el caso de circunstancia de agravación por cuantía, el Legislador indica que si el objeto material del mismo supera el valor de los 200 SMLMV, dicha sanción se aumentará hasta en la mitad, y en el presente caso el valor corresponde a una cuantía que supera dicho límite, tal como se anunció en el acápite pertinente, de suerte que los nuevos extremos punitivos, de conformidad con el canon 60 inciso 2° regla 2ª de la Ley 599 de 2000, serán de 72 a 270 meses de prisión.

Según el artículo 61 del CP, luego de establecidos los límites mínimos y máximos en los que se moverá el Juzgador, se dividirá el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, como sigue.

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	ULTIMO CUARTO
72 a 121.5 meses	121.5 a 171 meses	171 a 220.5 meses	220.5 a 270 meses

Ahora bien, al no haberse imputado circunstancias genéricas de incremento sancionatorio, de acuerdo con el inciso 2° del mandato 61, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, esto es, que oscilará 72 a 121.5 meses de prisión.

Para efectos de la tasación dentro de los límites señalados anteriormente, el inciso 3° del artículo 61 represor indica que se deben analizar los siguientes aspectos:

Frente a la gravedad de la conducta se detalla que ésta se afina en la seriedad y trascendencia del comportamiento ilícito perpetrado, en razón del cual se cometió el punible de peculado por apropiación que toca un bien jurídico de gran relevancia para el ordenamiento jurídico como la administración pública. La conducta desplegada por parte del acriminado no sólo implicó una lesión real y cierta del citado bien jurídico, sino que se gestó en el marco del gran detrimento patrimonial generado al Estado en el caso de FONCOLPUERTOS, el cual aún hoy sigue teniendo implicaciones pecuniarias para las arcas estatales, dentro de la materia particular y atinente al área de las pensiones en el sector público, punto que revela su importancia e impacto estatal y social.

Se observa la actuación del acriminado ante las autoridades competentes del Estado que tenían las facultades dispositivas sobre los bienes del mismo para determinarlas a fin de que emitieran decisiones para materializar el punible de peculado por apropiación ya referido, delito atentatorio contra la administración pública de innegable relevancia para el ordenamiento jurídico y la convivencia pacífica del conglomerado, con el cual puso igualmente en entredicho la confianza y credibilidad de los asociados en sus autoridades así como en la legalidad de sus decisiones, e incrementó el desgaste de las instituciones públicas que debieron atender el enderezamiento a derecho de la situación, desde el campo administrativo y ejecutivo.

Además, el acusado con su accionar se alejó conscientemente y por completo de los principios que gobiernan la administración pública, consagrados en el canon 209 superior, del deber de obrar con lealtad de cara al principio de la buena fe y de la obligación de actuar con probidad ante las autoridades de la República, de velar y salvaguardar la “*res publica*” en cuanto ciudadano, y de que acorde a los fines del Estado y el precepto 1° de la Carta, el bien general prevaleciera sobre su interés particular.

De allí emerge que el comportamiento desplegado por el togado PÉREZ GONZÁLEZ no sólo atentó contra la administración pública como valor jurídicamente protegido por el Legislador, sino también contra el bienestar de la colectividad, constituyéndose el peculado en términos generales como forma de corrupción, en una barrera que ocasiona un alto grado de consternación e impacto social, por el perjuicio real y potencial que representa para la comunidad.

Profundizando en el tema la doctrina penal ha señalado:

“...la corrupción administrativa, perversión generalizada en el Estado contemporáneo, ha sido considerada como una de las amenazas más graves contra la estructura y esencia del Estado de derecho, unida a la amenaza del totalitarismo, la violencia subversiva y la delincuencia organizada.

En nuestro país, los índices de corrupción en el sector público han alcanzado dimensiones que lindan con lo que la doctrina ha dado en llamar ‘hipercorrupción’, ‘corrupción galopante’ o generalizada, ya que el flagelo ha invadido todos los ámbitos de la vida social...”⁶⁸.

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder de este acusado, se detalla que la lesión efectivamente causada con su conducta menoscabó el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valores que no han sido reintegrados mediante descuento por nómina, ni tampoco por devolución voluntaria; a esto se agrega que se afectó materialmente la administración pública en otros

⁶⁸ Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

elementos que le son esenciales e inescindibles como son los principios que constitucional y legalmente la gobiernan y también la probidad, lealtad, transparencia, moralidad y rectitud de sus funcionarios, los cuales en razón de las ilicitudes escrutadas hicieron perder la confianza que el conglomerado social les debía.

Ahora bien, el no contar con antecedentes judiciales probados al momento en que se cometieron los hechos, muestra que el implicado no ha atentado contra el ordenamiento jurídico en otras ocasiones previas.

Y en lo referente a la intensidad de dolo, se advierte que el acusado sabía que el comportamiento que desplegaba constituía conducta punible, y aun así la realizó; conocía de las implicaciones de determinar a servidores públicos para apoderarse de bienes del Estado, más aun en las condiciones del gran desfalco contra FONCOLPUERTOS y en últimas contra la Nación, de forma que aunado a lo ya expuesto, en criterio de este Estrado el nivel de intencionalidad mostrado por el imputado es alto.

En este sentido, e igualmente frente a los **principios, fines, necesidad y funciones de la pena** consagrados en los artículos 3° y 4° de estatuto represor, estima el Juzgado que la sanción imponible por este delito debe establecerse más allá del tope inferior y en el punto que coincide con **SETENTA Y CUATRO (74) MESES DE PRISIÓN**.

2. De la pena de multa.

El Legislador adicionalmente prevé como sanción principal, la multa, en los términos de los artículos 34, 35 y 39 del estatuto penal. De acuerdo a la regla 397 inciso 1° del CP se impondrá “...*multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes...*”.

Así, en el presente caso se impondrá multa equivalente al valor de lo apropiado, visto que el mismo no excede el tope señalado en dicha norma, y acorde al derrotero seguido por el máximo Juez Penal Colombiano en su jurisprudencia⁶⁹.

Dado que el valor nominal de lo apropiado corresponde, por las razones previamente expresadas, a \$32.959.314,70 **más** \$8.423.382,18, este Estrado impone a este acriminado la obligación de pagar el total de **\$41.382.696,88** una vez en firme esta decisión como **PENA DE MULTA**, cifra dineraria que respeta según lo ya expresado el límite máximo de 50.000 SMLMV.

La multa **deberá ser cancelada cuando adquiera firmeza este fallo en la cuenta especial destinada para tal efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho**,

⁶⁹ Por ejemplo, en sentencia SP9225-2014 proferida con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González Muñoz, dentro del radicado N° 37462, el 16 de julio de 2014, al momento de definir la punición, esa Corporación señaló que en tratándose del delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 del CP, la sanción corporal allí contemplada, que se entiende en el inciso primero, se aumenta en una mitad; en tanto que la pena de multa equivale al valor de lo apropiado. De dicha tasación se desprende que la Colegiatura encargada de unificar la jurisprudencia nacional sobre el particular, ha dejado sentado que el monto de sanción pecuniaria a imponer en los eventos de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, es el mismo de la suma dineraria sobre la que versó el ilícito, baremo que es acogido por este Estrado, de cara a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta y habida consideración de que el citado pronunciamiento constituye precedente jurisprudencial, y, por ende, criterio auxiliar de la actividad judicial.

según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, que modificó el canon 42 de la Ley 599 de 2000.

Y cuando quede ejecutoriado este pronunciamiento, **se remitirá por la secretaría de este Juzgado la primera copia del mismo con constancia de ello y de prestar mérito ejecutivo, indicando la fecha de firmeza, a la Oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Bogotá para los fines legales pertinentes**, o en su defecto certificación en el sentido y para el propósito indicados en el artículo 367 del Código General del Proceso (CGP), por cuanto mediante la sentencia C-043 de 01 de marzo de 2023, la H. Corte Constitucional, con ponencia de la H. M. Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera, declaró inexecutable el parágrafo del citado artículo 6 de la Ley 2197 que señalaba que la Oficina de Cobro Coactivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado era la encargada del cobro coactivo de las multas.

3. De la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como pena principal, de conformidad con las reglas 35, 44, 51 y 397 del CP, se impondrá al procesado la INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS por el término de la pena privativa de la libertad, esto es, por **SETENTA Y CUATRO (74) MESES**.

4. De la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado.

Al haber cometido el acusado PÉREZ GONZÁLEZ el comportamiento delictivo aquí examinado en despliegue de su ejercicio como profesional del derecho, halla asimismo el Juzgado la necesidad perentoria de imponerle la pena accesoria de **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO** a **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ**, según las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, se detalla que según lo aquí esbozado, el delito escrutado fue cometido en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1996, el cual comportaba para este efecto en sus apartes 44 y 58, una sanción accesoria de prohibición para el ejercicio de profesión máxima de 5 años, en tanto que la norma paralela y posterior contenida en los cánones 46 y 51 de la Ley 599 de 2000 señala el lapso estriba entre 6 meses y 20 años, de donde emerge que la primera preceptiva en cita revierte para el acusado por efectos de legalidad ultractiva un beneficio que no envuelve la normatividad del año 2000, y, por ende, debe observarse para dosificar esta sanción accesoria, la cual debe efectuarse según el sistema de tasación por cuartos contemplada en la Ley 599 de 2000, ya que resulta más favorable para los intereses del acusado, por cuanto dicho sistema apareja una serie de limitaciones objetivas a las facultades discrecionales del Juzgador que antes no existían.

El aludido sistema queda como a continuación se expone, limitado al interior de cada cuarto por la cifra de 449.75 días:

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	ÚLTIMO CUARTO
1 a 450.75 días	450.75 a 900.5 días	900.5 a 1300.25 días	1300.25 a 1800 días

Y, en segundo término, a fin de conservar la unicidad de criterios en la dosimetría objeto de este acápite, se considera razonable, necesario y pertinente definir esta pena accesoria con arreglo a la misma proporción en que fue fijada la pena privativa de la libertad dentro del primer cuarto con referencia a la cifra que gobierna su amplitud de movilidad interior, de suerte que al estar regido cada cuarto acabado de deducir por el algoritmo de 449.75 días como diferencia entre sus respectivos

extremos, y aplicarse el citado valor de 4.04%⁷⁰ en lo que toca a la movilidad dentro del primer cuarto, se obtiene el punto de dieciocho punto diecisiete (18.17) días⁷¹ que se aproximará por favorabilidad a dieciocho (18) días.

En esta medida el Juzgado impone a la acriminada **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ** sanción accesoria de **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA** durante el término de **DIECIOCHO (18) DÍAS**.

IX. DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

La Ley 1709 del 20 de enero de 2014 modifica, entre otros aspectos, la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Por consiguiente, con el fin de establecer cuál es la ley más benigna, resulta indispensable partir de la definición de favorabilidad en materia sustantiva que trae el artículo 6° del CP, en los siguientes términos:

“Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Lo aquí importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, no es posible tomar de la antigua ley una parte y de la nueva, otra, porque de hacerlo, correspondería a una modalidad de configuración híbrida o de *lex tertia* que es inadmisibile en casos como el que se examina, según lo expresado por la Sala de Casación Penal⁷², y en la que además el Juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador, lesionando así los principios de reserva legislativa y de legalidad.

Pues bien el canon 63 del CP, establecía como parámetros para conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dos requisitos, uno de índole objetivo, que habilitaba su otorgamiento siempre que la pena impuesta no supere los tres (3) años de prisión, y otro de carácter subjetivo, que se refería a que de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como de la modalidad y gravedad de la conducta punible se pudiera inferir que no se hacía necesaria la ejecución de la pena.

Ahora, la nueva legislación en su regla 29, determina que los presupuestos son:

⁷⁰ Porcentaje obtenido según el siguiente criterio: el cálculo matemático responde al planteamiento de que la pena mínima de 72 meses es incrementada en 2 meses para alcanzar la sanción de 74 meses dentro del primer cuarto, cuya movilidad es de 49.5 meses, de suerte que para establecer la proporción de dicho aumento de 2 meses respecto del rango de movilidad se efectúa la siguiente operación: $2/49.5 = 0.0404040$, de forma que para señalarse en porcentaje este resultado se multiplica por 100 y a fin de eliminar los decimales reiteradamente sucesivos se aproxima al siguiente decimal, resultando el valor de 4.04%.

⁷¹ Esta cifra se obtiene de extraer al rango de movilidad del primer cuarto equivalente a 449.75 el respectivo 4.04%, así: $449.75 \times 4.04/100 = 18.17$ (aproximado para evitar los decimales sucesivos).

⁷² Providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 24 de febrero de 2014, en el caso de única instancia identificado con el radicado 34099 (AP782-2014) adelantado contra Piedad Zucardi. Igualmente puede consultarse el auto de 3 de septiembre de 2014, adoptado por esa Alta Colegiatura en el radicado AP 5227-2014, 44.195, con ponencia de la H. M. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el Juez de conocimiento concederá lo medido con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el Juez podrá conceder lo medido cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”.*

Confrontando las dos legislaciones, y anteponiendo el principio constitucional de favorabilidad, se observa que si bien es cierto inicialmente y frente al primer requisito, se podría estimar que es más ventajosa la Ley posterior, por cuanto se amplía el espectro sobre el factor objetivo, vale decir, de la exigencia de tres años pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer al procesado sancionable rebasa con creces tales linderos objetivos, por lo que no se cumpliría dicho requisito de índole objetivo.

No obstante, desde otra óptica, se aprecia que el artículo 471 ritual, en concordancia con el canon 362 inciso 1, establecen el beneficio excepcional de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, decretado por parte del Juez de Ejecución de Penas, o, en este caso, del Juez de Conocimiento, como lo ha reconocido el Alto Tribunal en lo Penal⁷³, en los mismos casos de la suspensión de la detención preventiva, dentro de la que se encuentra el evento: *“Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida”.*

Así, se observa que la reglamentación adjetiva penal de 2000 no exige presupuestos diferentes a los ya mencionados, los cuales han de estar debidamente acreditados, de donde surge que efectivamente no reclama valorar los baremos previstos en el canon anterior 38 del CP ni tampoco en su versión actual introducida por la Ley 1709 de 2014, ni en el artículo 38 B represor creado por esta última. De allí que para este caso sólo se debe examinar si se cumplen o no los requisitos acabados de citar, sin que ello impida tener en cuenta otros elementos que, una vez sopesados, apoyen la conclusión.

Ahora se detalla que, en el asunto de la especie, aunque el acriminado no invocó las hipótesis de los preceptos precitados, el Despacho acometerá el escrutinio pertinente.

En este caso, de conformidad con lo acreditado en el plenario, el Juzgado encuentra que el acriminado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ cumple las exigencias consagradas por el legislador los artículos 471 y 362 inciso 1 de la Ley 600 de 2000, es decir, tener edad superior a 65 años y que su personalidad, así como la naturaleza y modalidad del delito aconsejan la concesión del mecanismo sustitutivo.

Acerca de la posibilidad de conceder la suspensión de la pena por vía excepcional a condenados por delitos de peculado por apropiación en el marco del desfalco de FONCOLPUERTOS, que siendo mayores de 65 años y en circunstancias particulares que denotaban como innecesaria la ejecución de la pena, la H. Corte Suprema de

⁷³ Entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174. Así, en la providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 28 de septiembre de 2022, con ponencia de la H. M. Dra. Myriam Ávila Roldán, dentro del radicado 61904 (SP3371-2022), se adujo: *“... si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 -aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 ídem)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), tal beneficio también puede ser reconocido por el juez de conocimiento o de la causa.”*

Justicia Sala Penal ha establecido que⁷⁴:

“(...) de cara a la procedencia de la suspensión prevista en el art. 63 del C.P. 2000, que en la valoración de aspectos subjetivos es compatible con el beneficio excepcional aquí reclamado, dado que supone un juicio particular sobre la necesidad de ejecución de la pena, la Sala (SP 22 abr. 2020, rad. 56.620) expuso:

En cuanto a los presupuestos subjetivos para evaluar la concesión del subrogado, cifrados, por una parte, en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado; y por otra, en la consideración de la modalidad y gravedad de la conducta, la jurisprudencia tiene dicho que el sentenciador ha de ponderar o conjugar dichos aspectos, a fin de dictaminar si, en el caso concreto, existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión.

Ninguno de tales criterios funciona como un referente que se auto-justifique para conceder o negar el subrogado. Todos ellos son pautas que, por sí mismas, no implican ningún diagnóstico favorable ni desfavorable sobre la necesidad de la pena. Todos ellos han de sopesarse, según las particularidades del asunto concernido, a fin de diagnosticar, en concreción de las finalidades y funciones de la pena (art. 4º del C.P.), si ésta debe ejecutarse o puede subrogarse.

En esa dirección, la simple invocación aislada de la gravedad y/o modalidad de la conducta es insuficiente para establecer la necesidad de ejecutar o no la pena de prisión. Ello, debido a que, como lo ha clarificado la Corte (CSJ SP16022-2014, rad. 41.434):

En cuanto a las exigencias de carácter cualitativo, el texto y la redacción del precepto [art. 63 ídem] a esa altura, son inequívocos al imponer que se conjuguen los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta, entendiéndose por ésta la mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado con la norma que infringió el sentenciado.

No se desprende la existencia de una permisión para que el juez escoja a su arbitrio, una o algunas de esas materias, las sopesa y si el resultado que aparece niega la necesidad del tratamiento penitenciario, adopte la decisión pertinente.

*Inevitablemente, **debe sujetarse a la totalidad del contenido normativo** y cuando quiera que de éste dimanen rasgos de discrecionalidad, el operador judicial habrá de disponer de esa facultad con vistas a los componentes axiológicos de razonabilidad y proporcionalidad; lógicamente, dándole vigencia dentro del asunto, al derecho a la igualdad.*

*De ahí que el estudio de **las características individuales del procesado sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad**, en tanto están ligados de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).*

En la consideración de los requisitos subjetivos aplicables a los subrogados y beneficios se identifica una teleología común, de acuerdo con la cual, superado el factor objetivo, de lo que se trata es de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena (CSJ SP2438-2019, rad. 53.651)”.

En el presente proceso, se observa que la reglamentación adjetiva penal, no exige presupuestos diferentes de que “*el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años*” y de que “*su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida*”, los cuales han de estar debidamente acreditados, de donde surge que efectivamente no reclama valorar los baremos previstos en el canon anterior 63 del CP ni tampoco en su versión actual introducida por la Ley 1709 de 2014. De allí que para este caso sólo se debe examinar si se cumplen o no los requisitos acabados de citar, sin que ello impida tener en cuenta otros elementos que, una vez sopesados, apoyen la conclusión.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 28 de septiembre de 2022, radicado 61904, M.P. Myriam Ávila Roldán.

El ordenamiento jurídico en aplicación del principio de solidaridad, de la protección a la dignidad humana y de la tutela especial que requieren ciertos grupos de personas en razón de la vulnerabilidad derivada de su condición etaria, según los artículos 1°, 13 y 46 superiores, reconoce especial amparo al adulto mayor, esto es, a la persona mayor de 60 años de edad, según el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008⁷⁵, consagrando expresamente: *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”*.

Por su parte el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece:

“...Artículo 17: Protección de los ancianos. Toda persona tiene derecho a la protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- 1. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas.*
- 2. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos.*
- 3. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos...”*

Bajo este panorama, se estaría frente a una ponderación de derechos, en el que, a los intereses sociales en el cumplimiento de las penas, se opone el interés superior de proteger y garantizar los derechos fundamentales del adulto mayor, quien, por su situación física y mental ya disminuida por la edad, se halla en condición de debilidad manifiesta, derechos, que, como lo señala la misma constitución, son prevalentes.

En el caso de la especie, se aprecia que el encausado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ tiene actualmente 73 años. Por ello, debe ser considerado según los lineamientos anteriores como persona de la tercera edad, sujeto de protección constitucional especial, y mayor de 65 años acorde a la exigencia del artículo 362 inciso 1 de la Ley 600 de 2000.

Ante la otra exigencia, se destaca que el plenario no da razón de que el procesado, se hubiere o se halle involucrado en problemas de índole familiar o social distintos de los derivados de su vinculación a la presente actuación procesal y a los hechos que se analizan, comoquiera que no militan antecedentes o anotaciones judiciales o policiales indicativos de comportamiento inapropiado, de irrespeto a las normas básicas de convivencia social o a las autoridades, sumado a que se tiene que el encausado posee arraigo familiar y social, no se acreditó al menos que hubiere sido sometido a sanciones disciplinarias por desatención a las obligaciones que aparejaban sus relaciones laborales con el Estado, y que cuando fue citado por las autoridades

⁷⁵ Dice el texto legal: *“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene como objeto proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia. // ARTÍCULO 2o. FINES DE LA LEY. La presente ley tiene como finalidad lograr que los adultos mayores sean partícipes en el desarrollo de la sociedad, teniendo en cuenta sus experiencias de vida, mediante la promoción, respeto, restablecimiento, asistencia y ejercicio de sus derechos. // ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. Para la interpretación y aplicación de la presente ley, téngase en cuenta las siguientes definiciones: (...) **“Adulto mayor.** Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”*.

penales acudió al llamado.

La anterior situación enseña que este acusado tiene rasgos de personalidad que muestran su capacidad para vivir en comunidad y cumplir los deberes que sus calidades de miembro de la misma y de una familia le impone.

También percibe el Juzgado la necesidad de efectuar el siguiente balance alrededor de la situación particular del procesado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, quien como se dijo cuenta en la actualidad con 73 años de vida, de forma que, por ejemplo, acorde a la resolución 0110 de 22 de enero de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera mediante la cual se adoptan las Tablas de Mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS-⁷⁶, su esperanza de vida es tan sólo del 12.2%, visto que ya vivió el 87.8%, por ende, se entiende que según el pronóstico estadístico les restaría por vivir 8 años, 10 meses y 26 días.

En este orden, es menester recordar que de cara a los principios y fines de las penas, y en especial al principio de dignidad humana como pilar y directriz indeclinable de la punición, si bien es cierto se encuentra el que atañe al carácter retributivo de las mismas, no menos lo es que también se orientan a garantizar el tratamiento, la resocialización y la integración social de las personas, de donde se colige que la imposición de una condena y la definición sobre los subrogados penales debe tener en cuenta tales baremos, y en el caso de la especie, vista la realidad particular del procesado, no ofrece duda para el Despacho que el confinamiento del mismo en institución penitenciaria, habida cuenta de que el castigo aquí irrogado es de 74 meses, de suerte que en la práctica si hubiere de cumplir la sanción de forma intramural, la expectativa de vida que le queda le alcanzaría para egresar vivos del reclusorio supuestamente resocializado y vivir unos cuantos años, derivándose entonces que en el caso concreto no se cumplirían a plenitud los fines de la sanción corporal si ésta se purga en un establecimiento oficial; pero que sí se lograría bajo el entendido de que el sujeto permaneciendo en su lugar de residencia conserve la garantía de que la sanción respeta su dignidad como persona perteneciente al género humano, su inclusión social y sujeción familiar, como red de apoyo en el proceso de rejerarquización y vivencia de valores, máxime cuando se detalla su arraigo y desempeño social como factores que permiten al Despacho elevar un juicio favorable en torno de la concesión de dicho beneficio a este acusado.

Es menester señalar que los cálculos aquí realizados son ajenos a cualquier juicio intencional o subjetivo del Despacho, de forma que no se entiendan en cuanto el deseo del mismo respecto de lo que este acriminado pueda vivir, ni mucho menos que se refieran a lo que materialmente alcance como límite temporal de vida, sino que se extraen a partir de los datos oficiales que habilitan establecer para algunos efectos, como el presente, cómputos a manera de vaticinios con grado de probabilidad.

Por lo tanto, encuentra este Despacho que surge el consejo a manera de conclusión de que en este caso es jurídicamente viable otorgar bajo los derroteros de la Ley 600 de 2000, el mecanismo de suspensión de la pena bajo estudio al procesado.

⁷⁶ Página

<https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1005947&downloadname=r011014.docx>. El artículo 23 del CPP faculta aplicar por remisión la normatividad adjetiva civil en los temas no regulados por la primera siempre que no riña con la naturaleza de ésta. Acorde a esa autorización, y a la luz de las reglas 177 último inciso y 191 de la extinta ritualidad civil, y 167 inciso final y 180 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), este Estrado considera que los datos contenidos en esta resolución corresponden a indicadores oficiales de carácter nacional, histórica y conocida ampliamente por el conglomerado social, de forma que, por su entidad y tales mandatos legales, consiste en un hecho notorio que, por ende, está exento de prueba.

En esta medida, **se concederá al acriminado RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, el mecanismo de la suspensión de la ejecución de la pena** que habrá de garantizar el cumplimiento de **las obligaciones** de que trata el mencionado **precepto 65 actual de la Ley 599 de 2000** mediante la suscripción de acta y con la prestación individual de **caución prendaria**, a través de título de depósito o póliza judicial, por valor igual a **tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a órdenes de este Estrado o del Juzgado Ejecutor de Penas al que corresponda vigilar esta condena.

Así las cosas, por sustracción de objeto, el Juzgado se abstendrá de analizar lo pertinente respecto de otros mecanismos sustitutivos.

X. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo con la regla 21 del CPP, *“El funcionario judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible”*. Acerca de la perentoriedad de esta obligación que vincula al funcionario judicial no existe la menor duda, así lo ha hecho saber el máximo órgano colombiano de justicia penal, por ejemplo, en sentencia de 11 de diciembre de 2003, emitida en el radicado 19775, con ponencia del H. M. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Observa el Juzgado que el acta de conciliación 8 de 22 de abril de 1998 y las resoluciones 2371 de 10 de diciembre de 1996, 1404 del 8 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998, en lo que se refieren al exportuario ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA, representado por RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, aquí investigadas y constitutivas del punible de peculado por apropiación agravado señalado que generaban consecuencias jurídicas producto de la comisión de la conducta punible, continúan surtiendo efectos jurídicos, máxime cuando se observa que no se percibe acreditado que mediante decisión administrativa o de carácter judicial hubieren sido revocados sus efectos de manera definitiva.

Conforme a tal información y al no encontrar constancia de que dicha acta de conciliación y resoluciones administrativas hayan perdido su fuerza por alguna actuación administrativa o judicial, el Despacho procederá a adoptar las medidas de que trata el canon 21 instrumental para que cese definitivamente los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible y así se frene la afectación reiterada al patrimonio estatal.

Ahora bien, por los motivos indicados, es menester advertir que respecto de las sentencias de primer grado y mandamientos de pago proferidos por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla en favor de ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA no se encuentra prueba de su revocatoria o de su sometimiento al grado jurisdiccional de consulta. No obstante, ante la claridad acerca de la ilicitud contenida y materializada en ese fallo, dado adicionalmente el paso del tiempo desde dicha época, este Estrado dispondrá que las autoridades administrativas competentes de la Nación se abstengan en lo venidero, una vez en firme esta decisión, de efectuar pago alguno o de tener en cuenta dichas providencias frente a reclamaciones que se lleven a cabo con base en las mismas.

En consecuencia, se dispondrá dejar definitivamente sin efectos jurídicos y económicos el acta de conciliación 8 de 22 de abril de 1998 y las resoluciones 2371 de 10 de diciembre de 1996, 1404 del 8 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998, las cuales ordenaron el pago de la sentencia del 26 de marzo de

1996 y el mandamiento de pago de 26 de abril de 1996 y su reliquidación de 14 de febrero de 1997 dictados por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, **materializadas por la concurrencia del acriminado PÉREZ GONZÁLEZ y únicamente en lo que se derivó por la actuación de éste y en lo que beneficia al extrabajador ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA**, toda vez que se detectó la configuración de un comportamiento típico y antijurídico, orden que se ejecutará una vez adquiriera firmeza esta providencia.

Se decretará **comunicar estas situaciones a dichas a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)**, para que en los siguientes quince (15) días contados a partir de la firmeza de esta sentencia y de su correspondiente comunicación, proceda de conformidad, cesen los efectos creados por la conducta punible y las cosas vuelvan al estado anterior, esto en cuanto que no hubieren sido objeto de pronunciamiento similar al presente o de invalidación por otra autoridad competente.

Finalmente, se ordena adicionar a las comunicaciones respectivas dirigidas a la referida entidad copia de la presente decisión, e informarle lo propio una vez en firme esta providencia.

XI. DAÑOS Y PERJUICIOS

De acuerdo con las disposiciones 94, 95, 96 y 97 del CP, y 56 del CPP, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados, los cuales deberán ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria. En el presente caso se advierte que los daños solicitados por la parte civil⁷⁷, UGPP, corresponden a los perjuicios materiales, y en concreto al daño emergente⁷⁸, que de conformidad con el artículo 97 *ibídem* deberán probarse en el proceso.

En la demanda de constitución de parte civil, ésta impetró: “...condenar... por los daños y perjuicios derivados de las conductas punibles... en la suma que se determinen en la investigación, instrucción y en etapa de juicio, mas su indexación y los respectivos intereses que esas sumas causen desde que se hicieron exigibles y hasta que se verifique su pago total”⁷⁹. Además solicitó la condena en costas y agencias en derecho a los penalmente responsables.

La aludida disposición 56 ritual señala que en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el Juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo acreditado en la actuación, y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible, artículo que también habilita para pronunciarse sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Dentro del plenario está probado, como se expuso en antelación respecto de la fijación de la cuantía sobre la que versó el peculado aquí examinado, que acerca del comportamiento originado de las providencias del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, junto con el acta 8 de 22 de abril de 1998 y las resoluciones 2371 de 1996 y 2070 de 1998 que las cancelaron, el valor de lo apropiado corresponde,

⁷⁷ Folio 12-13, C.O. de la Parte Civil.

⁷⁸ El Código Civil en su artículo 1614 establece “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

⁷⁹ Folio 87, C.O. de Parte Civil

en lo que corresponde al señor ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA representado por RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ a las sumas de \$32.959.314,70, que corresponde a 231,90 SMLMV del año 1996, y al monto de \$8.423.382,18, que corresponde a 41,32 SMLMV del año 1998, para un total de **273,22 SMLMV**.

Por estas razones se condenará a RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ a pagar solidariamente, con quien resulte también condenado por estos hechos, los perjuicios ocasionados en la suma total de **273,22 SMLMV del momento en que efectué materialmente su cancelación**, monto que por justicia se mantiene en esta unidad de medida, dado que corresponde al monto erogado indebidamente por el Estado por entonces a favor de terceros.

Este civilmente condenado deberá cumplir esta orden, en las condiciones ya indicadas, dentro de los **SEIS (06) MESES** siguientes a la firmeza de este fallo, a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la represente, habida cuenta de que en la actuación milita documentación de la que se desprende que esa es la entidad llamada en el estado actual de disposiciones normativas y administrativas del orden nacional, exoneradas de prueba para efectos procesales, para recibir las indemnizaciones civiles aquí decretadas.

Se memora que **tal valor deberá ser pagado por el acriminado civilmente condenado en el valor nominal que corresponde a SMLMV del momento en que efectúe materialmente su cancelación en favor de la parte ofendida**, para preservar el derecho de ésta a recibir el resarcimiento de perjuicios en valor actual que es representado por dicha unidad de medida, motivo por el cual no se estima viable ordenar la indexación de los valores nominales, ya que de obrar en tal sentido y ordenar el pago en SMLMV del momento de la cancelación efectiva se conculcaría el principio *non bis in idem*, habida cuenta de que la decisión de que la obligación indemnizatoria se cumpla con SMLMV del momento del pago apareja la actualización de los montos. De hecho, el deber de cancelar la referida cifra en salarios mínimos legales vigentes para el momento de su pago como mecanismo de actualización de la misma se equipara en los fines a la figura de la indexación, mucho más cuando se aprecia que el incremento decretado por el Gobierno nacional para el SMLM año tras año consulta el IPC precedente.

De otro lado, advierte este Estrado que en este caso no se probaron al menos sumariamente, como debe hacerse, las situaciones que harían viable la condena por daños morales objetivados cuando el Estado o una entidad jurídica es víctima de un delito⁸⁰.

Finalmente, frente a la posibilidad de que se condene en costas judiciales agencias en derecho, expensas y demás erogaciones al encausado, cabe recordar que el canon 56 litúrgico y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, son claros al establecer que tales conceptos deben ser acreditados dentro del proceso, en cuyo caso su liquidación se deberá hacer cuando se encuentre ejecutoriada la decisión donde se ordenaron, como lo sostuvo esa Alta Corporación en sentencia de 13 de abril de 2011, emitida dentro del 34145, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁸⁰ Consultar acerca de este tema el fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de mayo de 2013, en el asunto 40160, con ponencia del H. M. Dr. Javier Zapata Ortiz.

De cara a este tópico, el Despacho encuentra que la Nación se constituyó como parte civil en este caso por medio de la actividad desplegada por alguna de sus entidades, y efectuó las diligencias concernientes a la defensa y promoción de sus intereses y pretensiones, de forma que acorde a la normatividad legal sustantiva y adjetiva así como administrativa emanada mediante Acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es procedente condenar al aquí penal y civilmente sancionable de quien se tiene acreditada su concurrencia personal y responsable en el ilícito objeto de estudio, a pagar solidariamente a favor de la Nación por intermedio de la UGPP, o de la entidad que hiciera sus veces, las costas judiciales, agencias en derecho, expensas y demás erogaciones en que la parte ofendida hubiere incurrido para gestionar en este asunto sus derechos, esto en atención al artículo 392 numeral 8° del extinto Código de Procedimiento Civil, que disponía que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, y las actuales previsiones de los cánones 361 a 365 del CGP, en especial la 365 numeral 8° ídem que reprodujo a su antecesora trascrita.

Se advierte que por no estar aún la presente decisión en firme, es inviable por el momento efectuar la consecuente liquidación, la cual se realizará en la oportunidad ya indicada.

XII. OTRAS DETERMINACIONES

En garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso, se decretará que la notificación de esta sentencia se efectuó mediante comisión a quienes no tienen domicilio en esta ciudad y no pueden comparecer directamente a este Despacho, mediante comisión acorde a la regla 84 de la Ley 600 de 2000, con miras a que el Juzgado Penal Municipal o del Circuito (o Mixto) competente de la respectiva municipalidad intente la notificación personal según el precepto 178 *idem*, especialmente observando el inciso 3° que reza *“La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga”*, motivo por el cual se remitirá con el despacho comisorio correspondiente solamente una copia de este fallo en texto físico impreso.

Para dicho cometido se concede al (los) Juzgado(s) Penal(es) comisionado(s), que precisará la secretaría en el (los) Despacho(s) respectivo(s), el término perentorio de **diez (10) días hábiles** contados a partir del recibo de la correspondiente comunicación, y desde ahora se solicita que una vez cumplido lo anterior sea regresado el diligenciamiento atendido conforme a la Ley.

Es menester advertir al (los) Juzgado(s) Penal(es) comisionado(s) que en razón de que la Ley 600 de 2000 en los artículos arriba indicados definió con toda claridad la reglamentación atinente a esta clase de notificación, no podrán dilatar el trámite o exigir el acompañamiento de otras piezas procesales o mayor cantidad de copias de las referidas decisiones, toda vez que en estos eventos el mandato 23 de dicha Ley no permite por lo expresado remitirse a otras codificaciones adjetivas.

Esta determinación no es restrictiva, de modo que para notificar esta decisión también se utilizarán las vías ordinarias de Ley y, en la medida de la

disposición, los mecanismos más expeditos y efectivos de comunicación, de transmisión de datos y/o electrónicos; y también podrá intentarse la intimación de esta sentencia a través de notificación personal a través de los medios acogidos por el ordenamiento jurídico, incluidos la correspondencia ordinaria y los acabados de señalar.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la cesación de procedimiento de cara a la garantía *non bis in idem* en favor de **ARTURO FIDEL SÁNCHEZ ZABALETA** respecto de los hechos aquí investigados, según lo señalado en el presente fallo.

SEGUNDO: CEÑIRSE a lo ya resuelto en fase sumarial acerca de la negativa de la prescripción de la acción penal propuesta por el acriminado **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ**, según lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR al señor **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ**, de condiciones civiles y personales establecidas en el proceso, a título de **determinador responsable** del **DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO** a la pena de **SETENTA Y CUATRO (74) MESES DE PRISIÓN; MULTA IGUAL A \$41.382.696,88; e INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

CUARTO: ORDENAR a **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ**, pagar individualmente la pena principal de multa en el monto, condiciones y términos indicados en la parte motiva; y **REMITIR** por la secretaría, una vez en firme esta decisión, la documentación en las condiciones de Ley y en las allí referidas para el cobro coactivo de esta pena.

QUINTO: IMPONER, por los motivos ya referidos, la pena accesoria de **INHABILITACIÓN PARA EJERCER LA ABOGACÍA** por el término de **DIECIOCHO (18) DÍAS** a **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ**; y **COMUNICAR** a la **UNIDAD NACIONAL DE REGISTRO DE ABOGADOS**, o a la autoridad que hiciere sus veces, una vez en firme la presente determinación, esta sanción accesoria impuesta a este togado.

SEXTO: CONCEDER al acriminado **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos, condiciones y garantías establecidos en la parte motiva pertinente de esta sentencia, lo anterior una vez en firme este fallo.

SÉPTIMO: ADOPTAR como medidas de **RESTABLECIMIENTO DE DERECHO** las determinaciones previstas en el acápite pertinente con arreglo a las motivaciones, condiciones, claridades y límites allí expresados, las cuales se cumplirán acorde a lo allí señalado.

OCTAVO: CONDENAR a **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ** a pagar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la representa, los perjuicios

ocasionados con el delito por el cual ha sido aquí condenado, según el monto, las condiciones y el plazo indicados con antelación, por las razones arriba expuestas.

NOVENO: CONDENAR a **RAFAEL DE JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ** a cancelar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la representa, las costas, expensas y agencias en derecho, una vez en firme esta decisión y la liquidación respectiva.

DÉCIMO: COMUNICAR lo aquí resuelto, una vez en firme esta sentencia, a las autoridades previstas en la Ley, en especial a las señaladas en el canon 472 del CPP, y **ENVIAR** los cuadernos de copias del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) competente, para lo de su cargo.

DÉCIMO PRIMERO: INFORMAR que contra este fallo procede únicamente el recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

DÉCIMO SEGUNDO: NOTIFICAR esta sentencia acorde a lo señalado en el acápite pertinente y en la Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS RAFAEL MÁSMELA ANDRADE
JUEZ



ELIZABETH PERILLA FINO
SECRETARIA