

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
LEY 600 DE 2000
FONCOLPUERTOS - CAJANAL

CAUSA: 2016-00041
SINDICADO: JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA
DELITOS: PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO
SUMARIO: 2669
SENTENCIA: NIEGA NULIDAD Y ABSUELVE

Sentencia No. 010

Bogotá D. C. 16 de septiembre de 2022.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra el togado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, por el delito de peculado por apropiación agravado, a título de determinador, 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.

El abogado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, en representación de 6 exportuarios, presentó reclamación ante FONCOLPUERTOS, de la cual se derivó en la Inspección Primera del Trabajo Regional de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la constitución de Audiencia Pública Especial de Conciliación con FONCOLPUERTOS, acto que se refleja en el acta de conciliación 18 de 8 de mayo de 1998, donde se acordó pagar, de una parte, el 50% de los intereses causados y, de la otra, el 100% de la condena impuesta por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla el 18 de diciembre de 1997, donde actuó como abogada NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, condena adoptada con fundamento en el recargo del 35%.

Este acuerdo fue pagado mediante las resoluciones administrativas 1904 de 8 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998.

III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA se identifica con cedula de ciudadanía N° 17.126.735 expedida en Bogotá D.C., nació en Sevilla (Valle del Cauca) el 18 de julio de 1945, tiene 77 años de edad; separado, con doce hijos. Abogado de la Universidad Libre con especialización en derecho público.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

La apertura formal de la instrucción se realizó el 3 de diciembre de 2008¹, cuando se dispuso vincular a varias personas y aducir los medios cognitivos correspondientes.

El 2 de agosto de 2011², el acriminado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA rindió indagatoria, en tanto que el 23 de enero 2010³ y el 12 de marzo de 2010⁴ hizo lo propio NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN

El 25 de abril de 2012⁵ se resolvió la situación jurídica de los procesados y, en consecuencia, se declaró la extinción de la acción penal respecto del delito de prevaricato por acción endilgado a JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA y NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, así como que la Fiscalía se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva frente a JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA y NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, decisión no modificada horizontalmente el 13 de junio de 2012⁶, ni en alzada el 31 de enero de 2013⁷.

Con proveído de 30 de mayo de 2014⁸, se decretó cerrar la instrucción y se ordenó correr traslado respectivo a los sujetos procesales; dicha resolución fue confirmada el 12 de junio de 2015⁹.

Por medio de resolución de 28 de agosto de 2015¹⁰, el ente persecutor calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra de JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA y NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN a título de determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado. Además, se abstuvo de disponer la suspensión de los efectos jurídicos de la resolución 2070 de 1998.

Mientras el 30 de marzo de 2016¹¹ no se repuso el pliego de cargos y en las mismas calendas se declaró desierto el recurso interpuesto por BORJA GARCÍA, el **30 de septiembre de 2016**¹², la Fiscalía 61 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad parcial del pliego de cargos en lo que se refiere a NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN por el delito de peculado por apropiación agravado, oportunidad en la que **quedó en firme la acusación** frente al acusado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA.

¹ Folios 1 y ss, C.O. 2 del sumario.

² Folio 185 y ss, C.O. 2 del sumario.

³ Folio 264 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁴ Folio 279 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁵ Folio 1 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁶ Folios 31 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁷ Folios 2 y ss, C.O. segunda instancia Fiscalía.

⁸ Folios 48, C.O. 3 del sumario.

⁹ Folios 96 y ss, C.O. 3 del sumario.

¹⁰ Folios 121 y ss, C.O. 3 del sumario.

¹¹ Folios 24 y ss, C.O. 4 del sumario.

¹² Folios 2 y ss, C.O. segunda instancia Fiscalía.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado; se corrió por ministerio de la Ley el traslado del artículo 400 ritual, y se celebró la audiencia preparatoria el 30 de marzo de 2017¹³, cuando se decretaron algunas pruebas.

En desarrollo de la vista pública, ofreció versión bajo interrogatorio el abogado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA el 5 de febrero de 2018¹⁴.

La audiencia pública finalizó con la sesión del 15 de marzo de 2018¹⁵, 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 afecta 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 28 de agosto de 2015, la Fiscalía 6^a Delegada perteneciente a Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la corrupción – Grupo de fiscales FONCOLPUERTOS - CAJANAL, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación en contra de JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación agravado, entre otras determinaciones ya reseñadas.

El ente persecutor estimó que el comportamiento del acriminado consistente en actuar como representante de 6 exportuarios, para lograr a su favor el acuerdo conciliatorio 18 de 8 de mayo de 1998, donde se acordó pagar la sentencia del 18 de diciembre de 1997 proferida por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenaba la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, convenio que fue pagado mediante las resoluciones 2070 de 20 de mayo de 1998 y 1249 de 26 de mayo de 1998, constituyendo su pago una erogación ilícita de las arcas estatales al lograrse reconocimientos de conceptos laborales sin fundamento jurídico y fáctico.

Al respecto, señaló que los factores acordados, esto es, “*prima sobre prima*” y el 35% de recargo nocturnos, así como la omisión del grado jurisdiccional de consulta, son irregulares al carecer de sustento fáctico y jurídico, toda vez que contraría la legislación laboral y las convenciones colectivas vigentes para la época del retiro de cada uno de los extrabajadores beneficiarios de los mismos, máxime cuando los referidos beneficiarios del pacto conciliatorio fueron debidamente liquidados en sus prestaciones sociales al momento de su retiro.

¹³ Folios 88 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

¹⁴ Folios 259 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

¹⁵ Folios 263 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

Finalmente, adujo que la responsabilidad a título de dolo del acusado está acreditada por cuanto era conocedor de la referida ilegalidad; y, aun así, voluntariamente decidió acudir ante la administración pública mediante reclamaciones administrativas, así como a través de pacto conciliatorio, sin sustento jurídico ni fáctico, motivo por el cual deberá responder por el reato de peculado por apropiación agravado.

2. Segunda instancia.

En alzada, el 30 de septiembre de 2016, la Fiscalía 61 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad parcial del pliego de cargos en lo que se refiere a NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, comoquiera que el ente acusador le endilgó responsabilidad mediante una decisión que no guarda relación con las cuestiones que han sido objeto de debate, lo que constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

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 del procesado.

Luego de enunciar los antecedentes que conllevaron a la presente investigación, sostuvo que el abogado BORJA GARCÍA, en representación de 6 extrabajadores, acordó con FONCOLPUERTOS el pago de sumas ilegales a través del acta de conciliación 18 de 8 de mayo de 1998 que reconoció la sentencia de 18 de diciembre de 1997 emitida por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, obtenida por demanda de NINA DEL CARMEN CASTRO LEÓN, la cual ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, reajustes pensionales, salarios moratorios, sobre la base de conceptos ilegales, convenio pagado mediante las resoluciones 2070 de 1998 y 1249 de 1998.

Adujo que los conceptos laborales deprecados eran ilegales, toda vez que no constituían factor salarial, eran factores inexistentes o nunca se causaron, bien porque no fueron canceladas en el último año de servicio, bien porque la empresa liquidó acorde a la Ley a los exportuarios acriminados, tales como la prima sobre prima y el recargo del 35%, entre otros, constituyéndose lo reconocido contrario a la Ley, máxime cuando se pretermitieron instancias en el cobro del fallo, como el grado jurisdiccional de consulta, sumado a que todos los beneficiarios del acta en su debido momento se les pagó en forma adecuada las prestaciones sociales y pensiones al momento de su retiro.

Además, aseveró que no es exculpatorio lo alegado en cuanto a la ausencia de ejercicio de la profesión de abogado por parte del procesado, ni la supuesta dirección del *iter criminis* que ostentaba NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, mucho más cuando BORJA GARCÍA pidió el cumplimiento de la sentencia y recibió sustitución de poderes de una actuación ilegal.

Concluyó indicando que del acervo probatorio se desprende el conocimiento que tenía el acriminado acerca de la ilicitud de lo reclamado, comprensión que lo llevó voluntariamente a realizar las actuaciones tendientes a obtener acuerdo conciliatorio ilícito, 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.

2. La Parte Civil.

El representante de la UGPP imploró sentencia condenatoria, ya que de acuerdo con los elementos de prueba se tiene que se consiguieron dineros públicos a través de demandas laborales deprecando conceptos laborales a los que no tenía derecho los extrabajadores.

También aseveró que obra prueba suficiente de la materialidad y responsabilidad del procesado, quien actuó con dolo, dada su condición de profesional del derecho y conocedor de las acreencias convencionales.

Remató pidiendo se ordene lo pertinente al pago de perjuicios.

3. La Defensa.

3.1. Defensa material.

El letrado procesado dijo que laboró 17 años en DAS, y allí, en actividades de policía judicial conoció a NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, con quien no mantenía una relación, aunque tuvo un hijo en común con ella con necesidades especiales, a lo que agregó que dicha togada le pidió el favor de recibir sustitución de poderes en un asunto de FONCOLPUERTOS, bajo la condición que realizaría todos los trámites, a lo cual él accedió debido al temor de que su negativa le pudiera acarrear una suerte de acoso económico en razón de su incumplimiento de la obligación de alimentos respecto de su hijo común, más aun cuando tenía dificultades económicas.

Adujo que fue CASTRO DE LEÓN quien elaboró la sustitución de poderes y los memoriales dirigidos al Juzgado de instancia, documentos que cuentan con la firma de ambos, y el primero de ellos, que presentó junto con ella, momento desde el cual no volvió a tratar con ella.

Señaló que si bien participó la suscripción del acta investigada, no menos cierto resulta que la abogada era realmente NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, tanto así que en el final del formato del acta se consigna el nombre de ella y no de él, sumado a que cada uno de los folios del acta está firmado por la togada, razón por la cual dijo que toda su actuación fue de buena fe.

Finalmente, aseveró que durante el proceso penal no tuvo defensa técnica, con excepción de la gestión de su defensor actual, violándose las normas del debido proceso, lo que genera una nulidad de la actuación. Al respecto, sostuvo que su abogada si bien se notificó de la resolución de acusación, no interpuso recurso alguno, ni tampoco solicitó pruebas en la audiencia preparatoria. Además dijo que no se contradijeron las pruebas, y que cuando rindió indagatoria, aclaró que debido a sus enfermedades no tenía capacidad para moverse, y, por ende, para defenderse, ni tenía la capacidad económica para el mantenimiento de los hijos.

3.2. Defensa técnica.

El defensor del acusado pidió sentencia absolutoria, ya que no está acreditada la responsabilidad ni el dolo con el que actuó su prohijado, ni tampoco la calidad de determinador que se le endilga.

Sostuvo que su defendido no actuó dentro del proceso realmente ni determinó a nadie, porque sencillamente recibió sustitución de poderes, sin que le insinuara a nadie que le otorgaran poderes o que hicieran reclamaciones, más aun cuando los extrabajadores Andrés Osiris Castro Castro y Javier Antonio Fruto Charris aducen que no conocían al procesado.

Manifestó que aunque el pliego de cargos le atribuye haber cobrado “prima sobre prima”, realmente la petición de la demanda laboral atañe al concepto de 35% de laborales a destajo, razón por la cual bajo los parámetros de la resolución de acusación no tendría responsabilidad.

Igualmente, aseveró que el Juzgado Laboral actuó en derecho al condenar en favor de 6 extrabajadores, absolviendo lo relativo a 11; que en esa época existían diversas posiciones sobre si el grado jurisdiccional de consulta en dichos asuntos de FONCOLPUERTOS; y que no hubo confabulación alguna entre su defendido y la togada CASTRO DE LEÓN, ya que aquél actuó para poder cumplir con la obligación de alimentos con de hijo.

VII. CONSIDERACIONES

Visto que el presente caso se encuentra para emitir sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de la conducta punible de peculado por apropiación agravado 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 acuerdo 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 del procesado, 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 del mismo.

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 nulidad de lo actuado, ya que en el evento de prosperar se desencadenaría una decisión que haría totalmente inviable pronunciarse en torno de los tópicos centrales de la sentencia.

1. Solicitud de nulidad por parte del acriminado BORJA GARCÍA.

En desarrollo de la vista pública, el acriminado BORJA GARCÍA solicitó nulidad por ausencia de defensa técnica, salvo la gestión de su defensor actual, lo que viola las normas del debido proceso. En esa medida, indicó que su entonces abogada si bien se notificó de la resolución de acusación, no interpuso recurso alguno, ni tampoco

solicitó pruebas en la audiencia preparatoria. También adujo que no se contradijeron las pruebas y que cuando rindió indagatoria aclaró que debido a sus enfermedades no tenía capacidad para moverse ni tampoco para defenderse, sumado a que no tenía capacidad económica para el mantenimiento de los hijos.

Para resolver lo pertinente tiene en cuenta el Juzgado que de acuerdo con los cánones 306, 309 y 310 instrumentales, la falta de competencia del funcionario judicial, los vicios de trámite que resquebrajan la estructura del proceso penal o de garantías que afectan las prerrogativas fundamentales y legales de los sujetos procesales, invalidan la actuación y así debe declararse, siempre que se acredite la existencia de las irregularidades sustanciales, que éstas no puedan ser corregidas de otra manera y la situación se ajuste a los principios orientadores consagrados por la Ley¹⁶, los cuales se conocen con los nombres de taxatividad, subsidiariedad, trascendencia, convalidación, instrumentalidad de las formas, protección y postulación, y deben acatarse tanto por el sujeto procesal que reclama la nulidad como por el funcionario judicial que decide aplicarla en cuanto se trata de una medida remedial y extrema para subsanar el proceso penal.

De cara al caso concreto, recuerda el Despacho que el precepto 309 instrumental establece:

“Solicitud. El sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en la casación”.

De regreso a este asunto, detalla el Juzgado que el acriminado invocó nulidad tanto por la presunta existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, y, también por la afectación al derecho de defensa, las cuales el Despacho observa que corresponden a las causales 2 y 3 del canon 306 de la Ley 600 de 2000.

Por ello, es menester recordar lo que el máximo Juez nacional en lo penal también ha explicitado en lo que toca al entendimiento y alcance que se debe dar a los principios que dirige este instituto saneatorio, tema sobre el cual se estima válido citar el extracto pertinente de la providencia expedida el 22 de mayo de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, dentro del radicado No 29377, donde indicó:

“... la principalística que gobierna las nulidades en el proceso penal, en síntesis, impone a quien propone una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), el deber de argumentar de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas), demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia), acreditar que el sujeto procesal no haya coadyuvado con su conducta a la configuración del acto irregular

¹⁶“**ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACIÓN.** 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa. // 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. // 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. // 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. // 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. // Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia. // 6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo...”.

(principio de protección) o lo haya convalidado con su consentimiento (principio de convalidación), siempre que se observen las garantías fundamentales¹⁷ (enfatisa este Estrado).

También se considera oportuno citar el extracto pertinente de la decisión emitida el 03 de marzo de 2010, dentro del caso 32199, siendo ponente el H. M. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, donde esa Alta Corporación reiteró el precedente sentando en la sentencia expedida el 26 de noviembre de 2003 en el radicado 11135, en la cual pregona:

“... significa que no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja”.

Así las cosas, no ofrece duda que la jurisprudencia pertinente ha sido clara y pacífica sobre el particular, e insiste en el principio de trascendencia y la necesidad de que quien reclama la nulidad, demuestre la irregularidad que la genera, el alcance lesivo de la misma y el beneficio que se desprendería de su decreto.

Cabe igualmente recordar que el señor letrado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA alega como causal de la nulidad el desconocimiento del debido proceso y el derecho a la defensa, ante lo cual es menester también recordar que de conformidad con la doctrina jurisprudencial emanada del máximo Juez Penal colombiano, no es admisible en derecho alegar sobre un mismo sustento fáctico procesal la vulneración del debido proceso y el derecho a la defensa, comoquiera que corresponden a prerrogativas diferentes y, por ende, no puede proponerse de manera conjunta sobre un mismo hecho para rogar la invalidez, habida cuenta de que el debido proceso está relacionado con la aplicación de las debidas formas del trámite y, por tanto, su vulneración corresponde a un resquebrajamiento del diligenciamiento; en tanto que la conculcación del derecho a la defensa mira al atropello dirigido contra las otras garantías. Así, el vicio o irregularidad atentatoria contra el debido proceso ha de referirse respecto del desconocimiento de las etapas y estadios procesales, o de las solemnidades que reclaman las diligencias; mientras que el que desconoce el derecho a la defensa se refiere a la vulneración de las garantías. De allí que al primero se le conoce como vicio de procedimiento o *in procedendo* y al segundo vicio de garantías. Razones por las cuales no es admisible invocarlos de manera conjunta.

De hecho, aviene oportuno citar en seguida el aparte jurisprudencial emanado de la citada Alta Corporación en lo penal que se estima pertinente:

*“... resultan acertadas las glosas del Delegado en cuanto al señalamiento de las inconsistencias de orden técnico en que incurre el demandante al aducir simultáneamente la vulneración del derecho de defensa y el debido proceso señalando al mismo tiempo como causales de nulidad las previstas en el artículo 304.2.3 del Código de Procedimiento Penal, ya que aparte de desconocer que éstas también son autónomas e independientes, no resulta lógico ni jurídico que, como aquí procede el demandante, se invoquen simultáneamente bajo el mismo supuesto fáctico y lo que es peor sin ninguna argumentación que permita siquiera precariamente identificar en que se traduce el quebranto al debido proceso y a qué se contrae la lesión al derecho de defensa. (...)”*¹⁸

¹⁷ Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Radicado 11135.

¹⁸ Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 8 de febrero de 2000. Radicado 12059. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Esa línea ha sido pacíficamente reiterada en la doctrina vigente sentada por esa máxima Corporación, como se aprecia en las decisiones emitidas en los radicados 15.354 el 14 de noviembre de 2001, con ponencia del H. M. Dr. Nilson Pinilla Pinilla; 13.225 el 29 de agosto de 2002, siendo ponente el H. M. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; 18.474 el 12 de noviembre de 2003, con ponencia de la H. M. Dra. Marina Pulido de Barón; y 22.588 el 08 de septiembre de 2004, siendo ponente la última H. M. en cita; providencias de las cuales se cita en seguida el aparte pertinente contenido, por ejemplo, en la adoptada en el consecutivo 18.474, donde dicho Alto Juez Colegiado sostuvo en torno de la imposibilidad jurídica de alegar simultáneamente la conculcación del debido proceso y el derecho a la defensa con base en un mismo hecho como sustento de nulidad:

“Se trata de vulneraciones que afectan dos ámbitos suficientemente delimitados y delimitables. Es así como el primero, esto es, la vulneración del debido proceso, constituye un vicio de estructura (falta de competencia, pretermisión de las formas propias del juicio, etc.) y, el segundo, vale decir, el quebranto del derecho a la defensa técnica, comporta un vicio de garantía, características distintivas que imposibilitan su invocación conjunta, con fundamento en los mismos supuestos de hecho procesales y con apoyo en las mismas razones críticas”.

Finalmente, cabe precisar que la nulidad resulta ser el remedio extremo al que se debe acudir, y por ello no puede anteponerse a otros mecanismos ordinarios o específicos de corrección, saneamiento, de mejor proveer o de solución de algunos temas concretos, toda vez que no cualquier falencia ni situación procesal tiene la virtualidad de dar lugar a ella, sino únicamente aquellas cuya entidad avenga acorde a los mencionados principios y, por ende, exija insoslayablemente dejar sin efectos y retrotraer la actuación.

Frente al asunto bajo análisis, aprecia el Juzgado que si bien es cierto el deprecante acriminado alegó nulidad por ausencia de defensa técnica, que a su juicio, afectan el debido proceso; no menos cierto resulta que además de que el procesado mencionado incurre en el desatino de sustentar con base en un mismo evento la probable conculcación simultánea de tales prerrogativas fundamentales, lo cual, de hecho, aviene abiertamente inamisible en derecho de conformidad con los derroteros doctrinales acabados de señalar, no logró demostrar las afectaciones que manifiestan, ya que se evidencia que se dejó el señalamiento huérfano de sustentación y se detecta un incumplimiento de la principalística que gobierna el instituto de las nulidades.

En efecto, respecto de la presunta violación al debido proceso (realmente derecho de defensa) por la ausencia de defensa técnica en el proceso, advierte el Estrado que el libelista no demostró afectación al debido proceso, ni a esa prerrogativa, no ajustándose el pedimento a los principios orientadores consagrados en la Ley como el principio de trascendencia, ni tampoco probó cual sería el beneficio que obtendría de la declaratoria de nulidad, máxime cuando no acreditó la falta de defensa técnica por parte de su representante de oficio, guardando silencio acerca de la indebida actuación del defensor de oficio y cuál debió ser su proceder en la mentada actuación procesal que ameritase una violación al derecho de defensa.

Es claro que quien constituye la parte interesada no ofreció desarrollo alguno a la postulación que de hecho demuestre de manera fáctica, procesal y jurídica, cómo se materializó dicha violación, si ésta es atentatoria contra los aludidos derechos fundamentales y si tiene talante invalidatorio, esto es, si se ajusta a los principios que rigen el instituto de la nulidad para ameritar dejar sin efectos la actuación, retrotraerla y rehacerla.

Es claro que el petente alega el supuesto yerro antes de y en el vocatorio a causa sin establecer su carácter, mérito y valor, aunado a que tampoco refiere los otros elementos de juicio que los apoyan o desvirtúan, lo que de entrada reclama negar

la nulidad deprecada, sumado a que tampoco explica cuál sería la ventaja o beneficio que de ello obtendría, la deducción de que la decisión que la Fiscalía debió adoptar fuera de talante preclusiva de la instrucción o, al menos, que la calificación de los hechos fuere menos severa, máxime cuando de llegarse a la conclusión que pretende el acriminado, él no obtendría beneficio alguno de rehacer el trámite, pues desde entonces los hechos le fueron puestos de presente claramente, comportando una clara afectación a los intereses de quienes se pretende defender y al juicio célere que merece, salvo conseguir que al invalidarse la ejecutoria de la acusación el término prescriptivo de la acción penal avanzara a su favor.

Además, de cara con los principios de residualidad, subsidiariedad, convalidación y protección resulta ahora desatinado proponer la nulidad del trámite cuando las partes pudieron intentar los medios impugnatorios ordinarios con miras a rebatir tales decisiones, sin que hubieran obrado en tal sentido sino mostrando con ello el acuerdo con las diligencias y alcance de las mismas.

Lo anterior, se acompasa con lo establecido por el Alto Tribunal en lo Penal, en decisión del 23 de febrero de 2006, bajo el radicado 21427, con ponencia del H.M. Jorge Luis Quintero Milanés, cuando indicó:

“En cuanto a la transgresión del derecho de defensa por falta de defensa técnica, es necesario que el casacionista explique con claridad y de manera sustentada en qué aspectos se concretan las omisiones. Si se hacen consistir en no haber interpuesto recursos ordinarios contra las providencias, no es suficiente postular esta frase de manera genérica. Es indispensable que el demandante individualice las decisiones que era necesario cuestionar, que en cada caso identifique los argumentos que en su criterio era factible rebatir, y que exponga las razones por las cuales la decisión adoptada tenía que ser sustancialmente favorable a los intereses que representa.

Si la inactividad del defensor se verifica en no haber solicitado pruebas, además de referirse a cada medio que ahora se hubiese practicado, el demandante tiene el deber de aproximarse al contenido material de las mismas, para brindar la oportunidad a la Sala de confrontar aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y así poder concluir si en realidad se han vulnerado las garantías fundamentales del procesado por causa atribuibles a su abogado.

(...)

La ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio del derecho de defensa técnica, no es de suyo motivo suficiente para afirmar que existió quebrantamiento de la garantía. Adicionalmente es necesario acreditar que la pasividad advertida derivó del abandono del mandato o, de negligencia o incuria manifiestas en su ejercicio, y no de una estrategia defensiva, pues la inactividad expectante, ha sido dicho igualmente por la Sala, se erige en una forma de defensa, tan válida y eficaz como una actuación dinámica y entusiasta”.

A lo anterior se agrega que no se evidencia ninguna afectación al derecho de defensa, ni mucho menos al debido proceso, toda vez que se observa que BORJA GARCÍA contó con defensa técnica a lo largo del sumario y la fase de juzgamiento. Así se aprecia que luego de que el procesado BORJA GARCÍA manifestase que carecía de recursos económicos, por lo que solicitaba la designación de un abogado de oficio, la abogada Aidee Mosquera fue nombrada como defensora del procesado a partir de la diligencia de indagatoria el 2 de agosto de 2011¹⁹, togada que se notificó debidamente del cierre de la instrucción²⁰ y del pliego de cargos de primer grado²¹, sin interponer recurso alguno, hasta cuando fue designado como abogado de oficio el abogado Eugenio Segura el 24 de agosto de 2017²², cambio efectuado por solicitud del acriminado.

¹⁹ Folio 185 y ss, C.O. 2 del sumario.

²⁰ Folio 72, C.O. 3 del sumario.

²¹ Folio 278, C.O. 3 del sumario.

²² Folio 203, C.O. 1 de juzgamiento.

La no interposición de recursos o solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria, por ejemplo, no son óbice para sostener por sí solos que hubo ausencia de defensa técnica constitutiva de nulidad, más aun cuando no corresponden a actuaciones obligatorias, cuya omisión puede corresponder a una estrategia defensiva, debiéndose acreditar para acudir al remedio extremo de la nulidad un abandono real y sustancial que cause un perjuicio al procesado, lo que en este asunto, se itera, no se halla demostrado, a lo que se agrega el conatidicio consistente en que el mismo procesado en su deprecación reconoce que su actual defensor de oficio ha ejercido una adecuada gestión, lo que descartaría actualmente su pedimento.

La Alta Corporación en lo Penal en decisión del 12 de diciembre de 2003 en la radicación 18474, siendo ponente la H. M. Dra. Marina Pulido de Barón, ha aducido al respecto:

“Si el defensor de oficio se notificó de la resolución de cierre de la investigación y no presentó alegatos precalificatorios, ni impugnó la resolución acusatoria, ello no constituye razón suficiente para concluir que el derecho a la defensa técnica ha sido vulnerado, en tanto que como lo tiene señalado la jurisprudencia, tales actos defensivos no son obligatorios, ni presupuestos de validez de la actuación. Por ello, tal proceder de los abogados de confianza o de oficio carece de aptitud suficiente para concluir que se violó el derecho de defensa técnica del inculminado, en tanto ha sido señalado de manera reiterada por la Sala que en no pocas ocasiones el silencio o la actitud pasiva de la defensa puede constituir una verdadera estrategia defensiva”.

Adicionalmente, dicho máximo órgano en providencia del 2 octubre de 2003, bajo el radicado 20132, con ponencia del M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, sostuvo que:

Sólo procede la anulación de la actuación en aquellos casos en que el procesado ha carecido en forma absoluta de defensa técnica. Por eso se ha precisado que:

“(...) la violación al derecho de defensa técnica o profesional que inexorablemente conduce a la invalidación del proceso es aquel absoluto estado de abandono o indefensión material o sustancial y no meramente procesal en que se deje a un imputado, de donde resulta así necesario no solamente que la falta de defensa sea efectiva, en el sentido señalado, sino además total, es decir, que sea ostensible y manifiesto el vacío defensivo, que conduzca a un extremo mayor e intolerable la reducción de las posibilidades de defensa y que tal mengua sea la causa determinante de un perjuicio concreto para quien la misma debe garantizarse” -Sentencia de casación del 15 de diciembre de 2.000, Rdo. 15.491, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote-

(...)

Luego, la defensa como unidad, para que pueda entenderse garantía constitucional, debe ser real, permanente y continua tanto en la investigación como en el juzgamiento, esto es, durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, reitera la Sala. Pero, ello no significa que si se ha dejado de tener en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, resulte ser por ese solo motivo ineficaz, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, sólo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, su declaración deviene inevitable.

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado esté en posibilidad de ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener la oportunidad que ya tuvo -Cfr. Sentencias de casación del 27 de mayo de 1999, M.P. Ricardo Calvete Rangel; y 11 de agosto del mismo año, Rdo. 11.555, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll-

(...)

No se trata en casación de acreditar simplemente que el procesado ha carecido temporalmente de defensor, sino que es necesario, además, que el demandante evidencie de qué manera una tal falencia ha incidido negativamente en la situación del implicado, pues, resulta imperativo mostrar qué pruebas determinantes de la condena se practicaron o

allegaron al proceso en ese lapso, como también que en relación con ellas, la actuación procesal posterior no brindó una oportunidad defensiva. Ya lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala y ahora lo reitera: no es dable aducir la invalidez de un proceso por la invalidez misma, puesto que siendo la nulidad el remedio procesal extremo al que se debe acudir, no basta la simple constatación de la irregularidad -en este caso haberse carecido temporalmente de defensor-, para estimar tal circunstancia como razón suficiente y única, demostrativa del conculcamiento del derecho de defensa técnica. -Sentencia de casación del 10 de octubre de 2.000, M.P. Álvaro O. Pérez Pinzón-.”

Adicionalmente, el libelista no logró acreditar cuál sería el beneficio que obtendría de la declaratoria de nulidad, y cuál debió ser la actitud de quien fungió como su defensora en las referidas actuaciones, más allá de la interposición de recursos, e inclusive su mérito, o cuál fue su omisión que ameritase una invalidación por violación al debido proceso o derecho de defensa.

Ratifica lo anterior cuando la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en sentencia del 31 de enero de 2002, en el radicado 13538, con ponencia del H. M. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, sostuvo:

“Con relación al primero de los cuestionamientos, la censura se aprecia incompleta no sólo porque omite indicar fundadamente desde qué momento procesal debe declararse la nulidad, sino porque se limita a señalar las omisiones en que considera incurrió el defensor de oficio, incluida la de no apelar el fallo no obstante que para entonces había sido reemplazado por un abogado que nombró el señor PINZÓN, pero sin demostrar de qué manera esa inactividad repercutió decisivamente en el sentido de la decisión o, lo que es lo mismo, cómo de haberse cumplido una mayor actuación la sentencia hubiese tenido un contenido más favorable a los intereses del procesado.

Bastante ha dicho la Sala que el silencio de la defensa no constituye en sí mismo abandono de la gestión pues igualmente podría considerarse como una posición estratégica del profesional que la asume, razón por la cual debe demostrarse en concreto el efecto negativo de la inactividad indicando cómo las pruebas que no se solicitaron, los recursos que no se interpusieron, los memoriales que no se presentaron, en fin, la actuación que se reprocha no desarrolló el abogado, eran de tal importancia que, de haberse realizado, la sentencia hubiese favorecido, total o parcialmente, los intereses del acusado”.

En consecuencia, no se observa ninguna violación al debido proceso o al derecho de defensa conforme a lo arriba esbozado, por tales motivos, no sólo el nulidicente no logró acreditar el sustento de su pedimento, sino que el mismo carece de cualquier asidero factico y jurídico que permita aplicar el remedio extremo de la nulidad, razón por la cual se deberá negar invalidar la actuación por los motivos esbozados.

Así las cosas, advierte el Juzgado que la invalidación perseguida por el acriminado carece de vocación de prosperidad.

Se agrega a lo anterior que para cuestionar la validez de la actuación adelantada en fase de sumario, incluido el pliego de cargos, el acusado contaba con el lapso de 15 días del traslado común de que trata el canon 400 ritual. De hecho, el Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria Penal en lo tocante a la oportunidad para alegar las supuestas nulidades concretadas en la etapa instructiva ha dicho que²³:

“En la sistemática de la ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el presente asunto, acreditado un error en la calificación jurídica ello conduciría, en principio, a la nulidad que podía adoptarse en cualquier momento de la actuación procesal, salvo que sin desconocer el núcleo fáctico de la acusación la situación para el procesado resultara más favorable o como mínimo mantenerla en la misma condición, luego si esa fue la irregularidad que detectó el funcionario de segunda instancia de la fiscalía bien podía remediar el desacierto en tanto que de no hacerlo la solución corría por cuenta del juez.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, sentencia del 26 de noviembre de 2007, rad. 23068, M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS

En relación con las nulidades la declaratoria procede en cualquier momento de la actuación procesal (art. 308, cpp de 2000), de oficio o por solicitud de parte (arts. 307 y 309), mientras que uno de los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación enseña que sólo podrá decretarse cuando no existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad.

Así las cosas, en este caso, es claro que el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira al comprobar error en la calificación jurídica estaba facultado para introducir el correctivo pertinente, como así lo hizo, sin que al cambiar la adecuación típica de la conducta investigada estuviera desbordando su competencia o afectando la prohibición de la no reforma en perjuicio, porque no se trató de adicionar delitos o circunstancias de agravación punitiva no tratadas en primera instancia, sino simplemente el cambio de adecuación típica que conservando el carácter provisional tampoco fue objeto de cuestionamiento por la defensa de los recurrentes en las oportunidades previstas por el ordenamiento jurídico.

6. Sobre las nulidades derivadas de la etapa instructiva la Sala tiene dicho que

en punto del traslado dispuesto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 para que los sujetos procesales preparen la audiencia, invoquen nulidades originadas en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto, y soliciten la práctica de pruebas, es claro que ese es el instante oportuno para deprecar una nulidad puntualmente hablando, lo que convierte en extemporáneo el reclamo cuando se hace con posterioridad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia del 26 de enero de 2006, rad. N° 24843)”.

Esta posición ha sido sólida y reiterada, como se desprende del siguiente precedente²⁴:

“El principio de preclusión, vale decir, denota que el proceso penal colombiano está constituido por una serie de etapas procesales con propósitos determinados y progresivos, cuyo sobrepaso implica el cierre de la anterior sin posibilidad de renovarla. Es decir, agotada una etapa los sujetos procesales no están legitimados para presentar peticiones pertenecientes a ella, por fenecimiento del término legal.

Así entonces, quien no alegue nulidades con origen en la instrucción en el traslado previsto para el efecto en el juzgamiento, o se abstenga de hacerlo en relación con otras causales igualmente con fuente en esa etapa procesal, no podrá hacerlo en el trámite subsiguiente salvo en el recurso de casación”.

Así las cosas, el Juzgado negará invalidar la actuación.

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 mandato 232 litúrgico, 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 un fallo de talante condenatorio o absolutorio.

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra el procesado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación agravado, en el grado de determinador, derivado de los montos pactados y reconocidos con y por FONCOLPUERTOS a través del acta de conciliación 18 de 18 de mayo de 1998, donde representó a 6 exportuarios, ocasión en la que dispuso el pago de la sentencia de 18 de diciembre de 1997 y el mandamiento de pago del 23 de enero de 1998 dictados por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensional, indemnización moratoria sin sustento jurídico y fáctico, acuerdo

²⁴ Proceso 43263 Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. M.P. Eugenio Fernández Carlier, 29 de Julio de 2014.

que fue pagado mediante las resoluciones administrativas 1904 del 8 de mayo de 1998 y 2070 del 20 de mayo de 1998.

Habida consideración de la época en que se desarrollaron los comportamientos a partir de los cuales la Fiscalía edifica la acusación, y de cara al principio de legalidad descrito en el canon 6° de la Ley 599 del 2000, 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 APROPIACIÓN. 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 el letrado procesado, el Juzgado establecerá de acuerdo con el material suasorio obrante en el expediente lo que se halla probado.

Se tiene acreditado que los exportuarios BOANERGES BARROSO DOMÍNGUEZ, LUCAS TORRENEGRA ÁLVAREZ, ATANACIO MARRIAGA JIMÉNEZ, WILLIAM CAMBELL MARCELES, ANDRÉS OSIRIS CASTRO CASTRO y JAVIER ANTONIO FRUTO CHARRIS, entre otros, confirieron mandato a la togada NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, con los cuales se presentó demanda ordinaria laboral, togada que posteriormente le sustituyó los poderes a JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA el 14 de enero de 1997²⁵.

Así, el trámite judicial culminó en sentencia dictada por el 18 de diciembre de 1997²⁶ por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó a FONCOLPUERTOS pagar el reajuste del 35%, la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y los salarios moratorios, originados en el no pago por parte de COLPUERTOS del recargo del 35% establecido en el canon 92 convencional, lo que generó las respectiva reliquidaciones y reajustes.

El 23 de enero de 1998²⁷ se libró mandamiento de pago por el valor total de \$399.337.932,57.

²⁵ Folios 17-18, C.O. de anexos del sumario.

²⁶ Folios 24 y ss, C.O. de anexos del sumario.

²⁷ Folios 41 y ss, C.O. de anexos del sumario.

Ahora bien, el togado BORJA GARCÍA radicó ante FONCOLPUERTOS solicitud²⁸ de pago de dichas providencias judiciales, razón por la cual, ante la Inspección Primera del Trabajo Regional de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el 8 de mayo de 1998, se celebró conciliación y se suscribió el acta 18²⁹ entre el togado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, actuando en nombre y representación de los referidos 6 exportuarios, y el Doctor JUAN BERNARDO LEÓN GALINDO, en representación de FONCOLPUERTOS, donde se acordó pagar, de una parte, el 100% de la condena impuesta en las providencias judiciales, y de la otra, el 50% de los intereses causados; pactándose así la suma total de \$433.500.000.

Si bien es cierto mediante la resolución 1904 del 8 de mayo de 1998³⁰, suscrita por SALVADOR ATUESTA BLANCO, entonces Director de FONCOLUERTOS, se ordenó dar cumplimiento al mandamiento de pago emitido por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla el 23 de enero de 1998, de conformidad con lo convenido en el acta 18 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, es que se ordenó cancelar, entre otras, la suma total de **\$433.800.000**³¹ en favor de JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, a través de la resolución 1249 de 26 de mayo de 1998³², según consignación ordenada al Deposito Central de Valores el Banco de la Republica No. 164-00-2-001064-6 del Banco Correval, suma que corresponde a **2.128,28 SMLMV del año 1998**³³.

Respecto de los mencionados 6 exportuarios, dicho monto se discrimina en su composición de la siguiente forma:

SENTENCIA										VALOR ACORDADO A DEDUCIR	VALOR NETO A PAGAR	SUBTOTAL POR BENEFICIARIO	D.C.V. BENEFICIARIO	ENTIDAD			
MANDAMIENTO DE PAGO			CEDULA	VALOR INICIAL SENTENCIA	INTERESES CORRIENTES	INTERESES DE MORA	VALOR TOTAL SENTENCIA	DIA	MES						AÑO	JUZGADO	BENEFICIARIO O APODERADO
ARNULFO RAFAEL OLIVEROS TORRENEGRA													3,734,466				
23	1	98	1	LAB. CTO. B/IQ/ BOANERGES BARROZA D.	7,408,710	78,192,561	6,916,623					85,109,183	3,509,183	81,600,000	164-00-2-001064-6	CORREVAL	
23	1	98	1	LAB. CTO. B/IQ/ ATANACIO MARRIAGA JIMENEZ	3,767,019	73,699,857	6,380,373					80,080,230	3,180,230	76,900,000	164-00-2-001064-6	CORREVAL	
23	1	98	1	LAB. CTO. B/IQ/ LUCAS TORRENEGRA ALVAREZ	7,441,614	60,662,991	5,260,406					65,923,397	2,623,397	63,300,000	164-00-2-001064-6	CORREVAL	
23	1	98	1	LAB. CTO. B/IQ/ WILLIAM CAMBELL MARCELAS	3,693,026	56,352,250	5,002,823					61,355,074	2,555,074	58,800,000	164-00-2-001064-6	CORREVAL	
23	1	98	1	LAB. CTO. B/IQ/ ANDRES CASTRO CASTRO	7,458,913	99,802,953	8,521,306					108,324,259	4,224,259	104,100,000	164-00-2-001064-6	CORREVAL	
23	1	98	1	LAB. CTO. B/IQ/ JAVIER FRUTO CHARRIS	3,735,701	47,052,909	4,124,130					51,177,039	2,077,039	49,100,000	433,800,000	164-00-2-001064-6	CORREVAL

Se observa a partir del informes del GIT 256 de 31 de mayo de 2010 que producto del acta 18 de 1998 y demás actuaciones, **no se modificaron las mesadas pensionales**³⁴ de los exportuarios representados por BORJA GARCÍA.

4. Materialidad de la conducta punible objeto de juzgamiento.

Teniendo en cuenta lo probado, 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.

²⁸ Folio 44, C.O. de anexos del sumario.

²⁹ Folios 48 y ss, C.O. anexo del sumario.

³⁰ Folios 44 y ss, C.O. anexo del sumario.

³¹ Folio 18 (reverso), C.O. OFICIO UGPP.

³² Folios 148, C.O. 1 de juzgamiento.

³³ El salario mínimo del año 1998 fue \$203.826.

³⁴ Folio 17, C.O. 2 del sumario.

4.1. Sobre el recargo del 35% de los extrabajadores beneficiarios de la sentencia del 18 de diciembre de 1997 dictada por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla.

Acerca de este punto otea el Despacho que los reconocimientos efectuados en favor de los exportuarios BOANERGES BARROSO DOMÍNGUEZ, LUCAS TORRENEGRA ÁLVAREZ, ATANACIO MARRIAGA JIMÉNEZ, WILLIAM CABELL MARCELES, ANDRÉS OSIRIS CASTRO CASTRO y JAVIER ANTONIO FRUTO CHARRIS, representados judicialmente por la togada NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, y en el acta de conciliación con el abogado acriminado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, consistentes en las reliquidaciones originadas por el reconocimiento del recargo del 35 %, son contrarios a derecho por ausencia de sustento fáctico.

El artículo 92 de la CCT vigente entre 1989–1990 en el Terminal Marítimo de la Costa Atlántica, citado por la referida providencia para la condena, regulaba lo relacionado con las tarifas pagadas a los trabajadores a destajo de la siguiente forma: *“para el personal que labora al destajo en los Terminales Marítimos y Fluviales de la Costa Atlántica, la remuneración del trabajo correspondiente a las faenas de cargue y descargue marítimas, fluviales y terrestres, se hará por el sistema de destajo, de acuerdo con las tarifas por toneladas que se detallarán (...)*

Parágrafo séptimo. Recargo por fondeo: para el personal a destajo, fijo e intermitente, que labore en las naves fondeadas tendrá un recargo del treinta por ciento (30%). Este recargo se hace extensivo a los operadores cuando laboren en la grúa flotante.

A partir de la firma de la presente convención, en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, el personal que labore en zona de fondeo tendrá derecho al reconocimiento del treinta y cinco por ciento (35%) de recargo por concepto de labores en zona de fondeo, teniendo en cuenta los riesgos por trabajar en un canal sobre el río de fuerte corriente”.

Volviendo al asunto de la especie, no media hesitación alguna en cuanto que a los referidos extrabajadores BOANERGES BARROSO DOMÍNGUEZ³⁵, LUCAS TORRENEGRA ÁLVAREZ³⁶, ATANACIO MARRIAGA JIMÉNEZ³⁷, WILLIAM CABELL MARCELES³⁸, ANDRÉS OSIRIS CASTRO CASTRO³⁹ y JAVIER ANTONIO FRUTO CHARRIS⁴⁰ se les pago el respectivo monto por el recargo del 35% según consta en las tarjetas salariales de los años 1987 a 1993, según corresponda, que obran en sus hojas de vida laborales, ora canceladas en cada quincena o en una suma global como en el caso de BOANERGES BARROSO DOMÍNGUEZ, concepto cancelado, inclusive, en la respectiva liquidación de prestaciones al sociales al momento del retiro.

En esa medida, no era viable el reconocimiento impartido por el Juez de instancia al reconocer el recargo 35% de distintos años, junto con la consecuente reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensonal y salarios moratorios, máxime cuando en la mentada providencia judicial, conciliada posteriormente por el acriminado, no se explicita el origen de los montos a irrogar como condena, por lo que dicha erogación dineraria comportó una lesión al peculio estatal.

³⁵ Folios 74 y 103, C.O. que contiene hoja de vida laboral de Boanerges Barroso Domínguez.

³⁶ Folios 75 y 90, C.O. que contiene hoja de vida laboral de Lucas Torrenegra Álvarez.

³⁷ Folios 99, 122 y 123, C.O. que contiene hoja de vida laboral de Atanacio Marriaga Jiménez.

³⁸ Folios 183, 216 y 217, C.O. que contiene hoja de vida laboral de William Cambell Marceles.

³⁹ Folios 89, 99 y 100, C.O. que contiene hoja de vida laboral de Andrés Osiris Castro Castro.

⁴⁰ Folios 151-152, C.O. que contiene hoja de vida laboral de Javier Antonio Fruto Charris.

En efecto, no media hesitación alguna que lo solicitado y reconocido comporta irregularidades sustanciales que derivaron en el reconocimiento de montos prestacionales sin fundamentación, toda vez que la petición y reconocimiento de derechos laborales sin especificar, sirvió de ropaje de legalidad, al ser reconocidos mediante providencias judiciales y acta de conciliación, para mantener velado el comportamiento ilícito, consistente en defraudar las arcas estatales, impidiendo con ello, de entrada, ejercer el control sobre los supuestos conceptos, montos y períodos reliquidados, con el fin de evitar que la autoridad competente efectuara el examen de confrontación y de legalidad de los tópicos sobre los que versó tal pacto.

Es claro que el detrimento patrimonial del erario se evidencia por el reconocimiento de conceptos genéricos o abstractos que la entidad FONCOLPUERTOS otorgó sin ningún soporte probatorio, debiendo negar, por tanto, tales peticiones, ya que sólo se deben reconocer derechos laborales ciertos, es decir, sobre los cuales no ofrezcan duda su causación y pago.

Es así como lo reconocido en la mentada acta conciliatoria y las providencias judiciales no expresan con puntualidad a qué correspondían de forma individualizada esos factores ni en qué valores, especialmente lo relativo al recargo del 35%, y que por ausencia de explicitación previa en el acta y providencias judiciales no hallan correspondencia en éstas, donde tampoco se atisban el origen de los períodos reconocidos, mucho más cuando ni siquiera se aportaron los soporte de las liquidaciones.

De tal análisis deviene que las providencias judiciales y el acta de conciliación resultan abiertamente ilegales, ya que constituyen un acto con aparente ropaje de legalidad en el que las formalidades, entre ellas la aprobación del conciliador institucional del Ministerio de Trabajo y su presunto control en derecho, así como la emisión por parte de autoridad judicial competente, envolvían la materialidad del compromiso real, vinculante, obligacional y económico que adquirió el Estado por medio de quien concurrió con facultad para disponer del erario, sumado a que se yergue como un accionar colmado de ilicitud, comoquiera que los rubros deprecados por quien componía la parte reclamante, carecían de sustento fáctico y normativo, es decir, eran ajenos y no estaban asistidos por el derecho, la justicia y la equidad, aunado a que el andamiaje de la ritualidad de la conciliación y del aparto judicial fueron utilizados para que la Nación reconociera montos a favor de beneficiarios representados por el togado acriminado, sin la debida motivación ni los soportes que demostraran la existencia de la deuda, cifras que a la postre fueron pagadas.

4.2. Sentencia supuestamente ejecutoriada sin surtir el grado jurisdiccional de consulta.

En lo relativo a la obligatoriedad que acompasaba los fallos emitidos contra 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 expedición de las resoluciones administrativas que ordenaban el pago de las sumas ordenas en las 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 tópico la Ley y la jurisprudencia señalan que en materia laboral tal escrutinio oficioso es de obligatorio cumplimiento de conformidad con el artículo 69 del CPT, el cual dispone: *“serán consultadas las sentencias de*

primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio”.

La incidencia de este lineamiento jurídico debe guardar congruencia con la doctrina emanada del máximo órgano penal colombiano en lo tocante a FONCOLPUERTOS y la situación histórica de la comisión de los hechos que se analizan, atendiendo que otrora no había solidez conceptual acerca de la institución que llamaba a someter las sentencias laborales contrarias a FONCOLPUERTOS al mencionado grado, tema que fue dilucidado por la Sala de Casación Laboral y la H. Corte Constitucional a finales del año 1999, de donde emerge que ocupándose de fallos de condena contra esa entidad estatal, tal precisión sobre la revisión oficiosa no se hallaba libre de dudas antes de las postrimerías del año 1999, como se expondrá.

Pese a que para ese período regía la disposición 69 del CPT, los precedentes jurisprudenciales estructuradores y pertinentes corresponden al fallo adoptado por la Sala de Casación Laboral el 19 de octubre de 1999, en el caso 12158, con ponencia del H. M. Dr. Rafael Méndez 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 Morón Díaz, última providencia que unificó 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 aplicación del artículo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitación 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 estaría a cargo de la Nación, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de **COLPUERTOS** y de **FONCOLPUERTOS**, según lo dispusieron, en particular, la Ley 1ª de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto-Ley 1689 de 1997.
(..)”.*

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

“... En punto del delito de peculado, no resulta imperioso establecer que la orden de pago emitida a través de una sentencia y de unos mandamientos ejecutivos, configuran prevaricación judicial, baste con establecer que el superior jerárquico revocó tales decisiones al encontrarlas contrarias al orden jurídico, más allá de que esa contrariedad con el ordenamiento legal, no haya sido objeto de condena penal por el transcurso del tiempo.

Así las cosas, por una parte el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, decidió 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 omisión en la tramitación 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 obstáculo para que la omisión sea analizada y valorada en el contexto de los hechos y aún más 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 tópico, la Corporación encuentra que para los años 1997 y 1998 no era unánime la posición doctrinal y jurisprudencial sobre tales aspectos, por cuanto la naturaleza jurídica de establecimiento público 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 artículo 69 del Código Procesal Laboral, situación que generó variadas interpretaciones. En efecto, el canon legal preveía: ‘Además de estos recursos existirá 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 FONCOLPUERTOS⁴¹, 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 las providencias emitidas por el referido Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, surgieron mucho antes del 19 de octubre y 01 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 los intereses de Puertos de Colombia o 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 aplicarle 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, o ese grado de revisión oficiosa no se realiza en el tiempo oportuno sino mucho después, condujo a que la

⁴¹ 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.

erogación dineraria a cargo del Estado se llevara a cabo sin que efectivamente la judicatura valorara mediante la actividad del Juzgador de segundo nivel la legalidad de las pretensiones y de los fallos, 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, contrario a lo que esgrime la Fiscalía en el pliego acusatorio, no se encontraba sentado el criterio unificado nacional respecto de la obligatoriedad de agotar el referido tramite jurisdiccional en casos como el presente, y, por tanto, como alegó la defensa material y técnica, 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 mentada sentencia y/o mandamiento de pago proferidos por el mencionado Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, como ya se analizó, aviene libre de hesitación que los demandantes carecían del derecho material para recibir los conceptos en las cantidades pretendidas, situación de la cual surge sin temor a equívocos la conclusión de que las acreencias que se ordenaron pagar y que se cancelaron en su favor, no eran ajustadas al ordenamiento normativo; hecho que, por contera, conduce indefectiblemente a pregonar que la obtención de tales resultados jurídicos y económicos 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 las acciones laborales ordinarias junto a la materialización y efectos de la 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 con la providencia referida emitida por el referido Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, se ordenaron 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 fechas pertinentes señaladas en los cuadros comparativos antes expuestos, 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 consecencial 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, antijuridicidad y determinación.

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”*⁴².

⁴² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

De cara al elemento subjetivo del tipo, “en provecho suyo o de un tercero”, tenemos que el “provecho es cualquier utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidos o procurados por el infractor, sin que importen su naturaleza, oportunidad ni proporciones”⁴³. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo⁴⁴. 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 (...)”⁴⁵.

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 servidores, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”⁴⁶. 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”⁴⁷.

⁴³ PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial*. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

⁴⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

⁴⁵ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

⁴⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

⁴⁷ *Ibíd*em pág. 97

Ahora, de vuelta al asunto de la especie, si bien no le corresponde al Despacho realizar el juicio de responsabilidad del director general de FONCOLPUERTOS de la época y de quien lo representó en la conciliación referida, ni del Inspector de Trabajo que participó en su suscripción, ni tampoco del Juez 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, 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 limitada⁴⁸, 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 favor de 6 exporturios representados por JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA mediante el pacto conciliatorio 18 de 8 de mayo de 1998, que ordenó pagar la sentencia de 18 de diciembre de 1997 y el mandamiento de pago del 23 de enero de 1998, dictados por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, convenio pagado mediante las resoluciones administrativas 1904 del 8 de mayo de 1998 y 2070 del 20 de mayo de 1998, 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 inciso 2° original 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 el acta conciliatoria 18 de 8 de mayo de 1998, las providencias y las resoluciones administrativas que la pagan, proferidas por la concurrencia del togado procesado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA, reconocieron reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional, la indemnización moratoria, sin ningún sustento jurídico ni factico, toda vez que reconocieron el recargo del 35%, junto con sus consecuentes reliquidaciones, aun cuando COLPUERTOS en su debido momento lo había pagado en las respectivas anualidades; por lo que los aludidos servidores públicos o quienes se le homologaban, concurrieron personalmente en la confección y emisión de tales actuaciones disponiendo ilícitamente del patrimonio del Estado a favor de terceros, en este caso de los beneficiarios representados por el togado 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.

⁴⁸ “(...) 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 (...)” HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

En lo atinente a la agravante por la cuantía, es necesario precisar que el ente acusador tasó en la parte resolutive del pliego de cargos el objeto dinerario apropiado en \$433.800.000, que corresponden a **2.128,28 SMLMV del año 1998**, suma que se adecua con creces al monto exigido en el inciso 2° del canon 397 primigenio del CP, norma especial que aumenta la punición para el peculado por apropiación.

Por tales motivos, el Juzgado encuentra acreditado que la conducta examinada es objetivamente típica y antijurídica, y corresponden al punible de peculado por apropiación agravado, de acuerdo con el canon 397 original inciso 2° de la actual codificación represora, dado que en razón de los comportamientos perpetrados por servidores públicos o quienes se le homologaban 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.

En lo atiente a la responsabilidad del abogado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA y, en específico, en torno del dolo requerido, es decir, al conocimiento de que con su actuar se puede incurrir en una conducta ilícita y punible, y aun así se perpetra el comportamiento prohibido, el Despacho percibe que no se encuentra demostrada tal situación de compromiso subjetivo, toda vez que la duda al respecto aviene razonablemente insuperable, comoquiera que se hallan elementos cognitivos que arrojan conclusiones que, al no confluir sino al ser irreconciliables, impiden arribar a un predicamento prístino y completamente confiable tocante a este tópico.

Efectivamente, este Estrado no alcanza la convicción reclamada por la Ley a la luz de los derroteros que gobiernan la sana crítica, la lógica, las reglas de la experiencia, así como la valoración conjunta y crítica de las pruebas, de que el procesado conociese que con el actuar descrito, esto es, básicamente, gestionar el cobro de la sentencia y el mandamiento de pago referidos a través de la participación en conciliación y posterior resoluciones administrativas, pudiese obtener reconocimientos sin sustento legal generadores de un detrimento patrimonial injustificado en derecho a las arcas del Estado.

Ciertamente, en su injurada este acriminado señaló que si bien no tenía experiencia en derecho laboral, sino en derecho administrativo, actuó como abogado sustituto en un negocio de NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, por petición de ella; empero, dicha togada fue la que realmente realizó todos los trámites ante el Juzgado y FONCOLPUERTOS, perpetrando él únicamente la firma de los oficios y la participación en la audiencia de conciliación. De hecho, dijo que en el momento en que se tramitó el proceso judicial en Barranquilla, él vivía en Bogotá.

Sostuvo que su relación con CASTRO DE LEÓN atañe únicamente a una previa relación sentimental, de la cual tuvieron un hijo.

En esa medida, observa el Despacho que de los elementos probatorios obrantes en el plenario no es posible derivar el conocimiento sobre la ilicitud endilgada, esto es, tener ciencia acerca del carácter defraudatorio de los montos dinerarios pertenecientes al erario que fueron ordenados pagar con violación de la Ley, toda vez que de las respuestas y manifestaciones dadas por el acriminado en su indagatoria, las cuales no han sido hasta ahora desvirtuadas, se extrae que si bien es cierto obró bajo la convicción de encontrarse con títulos judiciales válidos y ejecutables, obtuvo el pago de providencias judiciales a través de pacto conciliatorio

y de resoluciones administrativas de valores a los que en su sentir tenían derecho los beneficiarios de las mismas, no menos lo es que de ello no se puede derivar un dolo con suficiencia del reato endilgado, máxime cuando se encuentra probado que su actuación se limitó a recibir sustitución de poderes por parte de la abogada NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, y, así, solicitar el pago de las providencias, pedimento con el que participó en audiencia conciliatoria con miras a obtener el pago de previas providencias judiciales.

Por manera que de su dicho no es viable arribar con certeza a que tuviere plena ciencia de la ilegalidad que entrañaba el reconocimiento hecho, máxime cuando de sus aseveraciones se colige que actuó de buena fe, sin que se halle asidero sólido en el que se afinque el señalamiento de que actuó con entero conocimiento de la ilicitud y voluntad de alcanzar el fin prohibido por la Ley, sino que es la duda la que impera sobre el particular.

El hecho consistente en que el acriminado admita haber recibido sustitución de poderes de NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN y hubiese participado en audiencia conciliatoria, en manera alguna permite predicar necesariamente que, a pesar de su calidad de abogado por entonces, estaba asistido de una comprensión diáfana de que pactaría algo sin sustento legal, que tal proceder objetivamente aparejaba ilicitud y que, a pesar de ello, en ejercicio de sus facultades superiores de intelección y volición, fraguó la intención y el dolo para actuar en el sentido de determinar a terceros con facultad dispositiva de los bienes públicos para perpetrar una conducta punible como el peculado por apropiación, aunado a que tampoco milita probanza de la que se desprenda que la togada en mención le había instruido en el conocimiento de la ilicitud de tales factores y valores, y de que la estatal portuaria no tenía deuda alguna con sus procurados, lo cual descarta la presencia de un acuerdo entre estos abogados para pregonar que el acriminado actuó como un eslabón consciente en la cadena de la determinación efectuada respecto de los servidores públicos con facultad dispositiva de los dineros públicos.

Adicionalmente, se subraya que dadas las circunstancias relatadas por el procesado, la no participación en el trámite judicial que logró la expedición de providencias dictadas por el Juzgado 1 Laborales del Circuito de Barranquilla, ni en sus intrínquilis administrativos previos, emerge como un aspecto que no permite colegir el conocimiento de la ilicitud de los factores deprecados y reconocidos en los aludidos pronunciamientos judiciales a simple vista, mucho más cuando las actuaciones judiciales, podían generar legítimamente la errada convicción de encontrarse ante asuntos ajustados a derecho, sumado a que no se puede desprender el conocimiento de la ilicitud de manera diáfana del contenido de la sustitución de poderes o del acta misma.

Por manera que además de detectar que las pruebas aportadas al plenario no tienen mérito para desvirtuar el dicho defensivo del procesado BORJA GARCÍA en su respectiva injurada, en la que adicionalmente se aprecian rasgos confesorios, esto es, manifestaciones mediante las cuales admitió haber obrado o concurrido objetivamente en los hechos acorde al sentido impreso a la investigación, haber participado del pacto y ser beneficiario a nombre de un representado de actos administrativos que dispusieron dineros públicos, aunado a que vierte afirmaciones que de ningún modo resultan incoherentes, inverosímiles o catalogables de artificiosas, y sí consistentes entre sí y ajustadas a las reglas de la experiencia y al proceder humano, el Despacho no encuentra elementos de juicio que sometidos al embate de la valoración crítica conduzcan al conocimiento certero y exento de duda razonable en torno de la supuesta responsabilidad de este procesado atribuida por la Fiscalía, máxime cuando no es posible derivar convicción inconcusa en cuanto que el acriminado hubiere tenido ciencia de la ilegalidad del comportamiento que se le enrostra y de haber querido lucrarse a expensas del Estado sin estar asistido por el derecho.

En efecto, se detectan elementos en la indagatoria que permite derivar espontaneidad y coherencia en sus dichos, lo que genera confianza en lo expresado por el procesado, al no hallar también prueba de mérito que las derrumben, advirtiéndose, incluso, a revelar aspectos íntimos de su relación sentimental con la aludida abogado, el tener un hijo común con ella y haber aceptado actuar como apoderado sustituto en dicha conciliación para saldar de alguna forma la deuda alimentaria para con su hijo, y evitar más problemas.

Incluso es posible apreciar dichos en la injurada que podrían desfavorecerlo, lo que en el marco del análisis que se realiza refuerza lo sostenido por el Despacho, esto es, que sus aseveraciones resultan creíbles y, a pesar del riesgo corrido con ello, asume y habla de forma libre acerca de la realidad por él conocida.

No obstante, se yergue el conraindicio generado a la luz de la presunción humana por haber contado con una formación profesional, aunque sin experiencia litigiosa en dichos asuntos. Empero, considera el Juzgado que este conraindicio de responsabilidad emerge sólo con carácter contingente leve, a partir de una estimación de deber ser, y no como una inferencia necesaria o al menos contingente grave, sumado a que no se evidencia su participación en otros asuntos relacionados con FONCOLPUERTOS.

Adicionalmente, si bien es cierto que la participación de varios profesionales del derecho en trámites judiciales y administrativos en varios asuntos de FONCOLPUERTOS, como ya se adujo, había sido concebida para hacer creer que ninguno de tales era responsable, porque en apariencia ésta se apreciaba de golpe diluida y no se detectaba que uno solo hubiese realizado todo el acto delictual desde su origen hasta su consumación, no menos cierto resulta que esa estrategia consistente en una cadena de determinadores no se encuentra demostrada totalmente respecto del acriminado BORJA GARCÍA, precisamente, porque no se evidencia que el mismo obrase en razón y como respuesta a una intencionalidad común o comunidad de fin ilícito entre varios determinadores que unificase cada acto en una secuencia para perpetrar el ilícito, pudiendo corresponder su actuar más bien a la inexperiencia, la incuria, la falta de previsión u otro motivo, o como él lo sostiene, al verse compelido por una situación personal y familiar de atención de alimentos de su hijo en común; empero, sin que sea palpable la unidad de plan, de ciencia plena sobre la ilegalidad, de intención proterva, de voluntad, de objeto y de fin ilícito que la ate subjetivamente a esta concatenación de partícipes.

A lo anterior, se agrega que el hecho de que en cada uno de los folios del acta este firmado por la togada NINA DEL CARMEN CASTRO DE LEÓN, y que, inclusive, en el formato del acta se consignase el nombre de la referida togada, refuerzan la duda en torno de la responsabilidad del acriminado, y, ponen de presente elementos sobre alguna inexperiencia o falta de previsión del mismo, así como de una mayor participación y fuerza directiva de la conducta de la togada CASTRO DE LEÓN.

Igualmente, se atisba como indicio de oportunidad en contra del acusado el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, factor que juega a favor de establecer su compromiso subjetivo en los hechos aquí examinados, pero de esta circunstancia no se puede deducir como única o más probable ni tampoco más plausible conclusión que por entonces tuviera pleno conocimiento de que lo que recibiría adolecía de soporte jurídico y constituiría menoscabo para el erario.

En consecuencia, percibe el Despacho que concurren sin posibilidad de conciliación y sí en estado de choque insalvable e indirimible elementos de juicio a favor y en contra del procesado BORJA GARCÍA acerca de la responsabilidad que la Fiscalía y la Parte Civil pregonan del mismo, de modo que no puede este Estrado superar con razonabilidad la duda en cuanto que el mismo conociera plenamente que lo

percibido ante la administración era ajeno y contrario a derecho, y que además tenía la finalidad de defraudar las arcas de la Nación vista la falta de fundamento jurídico.

Y es que no basta la autoría o participación objetiva en los asuntos de FONCOLPUERTOS para tener como demostrado que efectivamente se supiera que lo que se iba a reconocer carecía de asidero normativo y su reconocimiento era inviable.

Por consiguiente, este Estrado no halla reunida la plenitud de elementos que habilitan emitir sentencia condenatoria contra el procesado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA; y comoquiera que no se logró desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia que lo ampara, y que ante la duda imperante, de conformidad con los cánones 7° del CP y 232 del CPP, la única solución consiste en proferir fallo absolutorio en su favor, dispondrá lo pertinente.

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. 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.

Vale referir que el canon 21 del CPP no condiciona, y así lo ha reconocido la jurisprudencia tanto de la H. Corte Suprema de Justicia como de la H. Corte Constitucional, a la declaratoria de responsabilidad para poder adoptar las medidas necesarias para restablecer el derecho.

La Sala de Casación Penal, al resolver un asunto atinente al restablecimiento del derecho en la Ley 906, análisis aplicable *mutatis mutandi* a la Ley 600 de 2000, que cuenta normativamente con una redacción similar, adujo:

“(…) Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en precisar que el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, aún antes de la Ley 906 de 2004, es intemporal y en esa medida se puede realizar en cualquier momento de la actuación procesal, porque, como ahora lo señala la norma que viene de transcribirse, es independiente a la declaración de responsabilidad penal; por consiguiente, para que opere plenamente, basta con que esté demostrada la materialidad de la conducta o el tipo objetivo. (Subrayado fuera del texto)

(…)

De lo acotado en precedencia se puede hasta el momento inferir: (i) el principio rector orientado al restablecimiento del derecho es intemporal dentro del proceso penal y no está supeditado a la declaratoria de responsabilidad penal; (ii) “el pleno restablecimiento del derecho” no necesariamente se debe reconocer en la sentencia sino en cualquier momento de la actuación en que aparezca acreditado en que obre, como ahora se señala en el artículo 101 de la L. 96 de 2004, un ‘convencimiento más allá de toda duda razonable’ sobre la materialidad de la conducta o en cuanto al tipo objetivo y (iii) en el decurso procesal se debe procurar por el pronto y efectivo resarcimiento, de modo que, como se señala en la sentencia C-060 de 2008, “se evite la continuación y/o la consumación de situaciones irregulares, así como la de los perjuicios que ellas injustamente causan” o, lo que es igual, no siempre debe ser pleno, sino que también procede con carácter provisional, en cuyo caso demanda la adopción de medidas inmediatas que no se pueden posponer hasta cuando se profiera alguna determinación con carácter definitivo en el proceso. (Subrayado fuera del texto)

(...)

Desde tal perspectiva ha de inferirse que las medidas de restablecimiento del derecho pueden ser de naturaleza personal, si recaen sobre las personas, o real, en caso de hacerse efectivas respecto de los bienes afectados con la conducta punible, pero, a su vez, pueden ser provisionales o definitivas dependiendo de su contenido, es decir, si tienen por objeto irradiar un manto de protección frente a un posible daño derivado de la comisión de una conducta punible, cuya índole es cautelar o meramente preventivo, o si apuntan a adoptar medidas definitivas tendientes a retornar las cosas a su estado original o predelictual, evento en el cual se exige un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad de la infracción o del tipo objetivo.

Los dos tipos de medidas son necesarias para materializar cabalmente los derechos de las víctimas, no sólo reconocidos en el ámbito constitucional y legal interno, al paso que han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia en las dos materias, sino, además, por múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado que propenden por la vigencia de los principios de verdad, justicia y reparación a su favor, consagrados entre otras disposiciones en los artículos 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 4 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 19 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 49 a 52 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), 10 y 11 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 50 a 53 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), 129 y 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), título III, sección I y artículos 45, 46, 146, 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)⁴⁹

En este sentido, el máximo órgano constitucional en la sentencia C-060 de 2008, al resolver demanda en contra el canon 101 de la Ley 906, señaló:

Ello por cuanto, si bien se entiende que sólo al término del proceso penal puede existir certeza suficiente para justificar la definitiva cancelación de los títulos fraudulentamente obtenidos, no es menos cierto que dicha certeza bien puede haberse generado como resultado del debate probatorio surtido durante el proceso, aun cuando éste haya concluido, bien mediante sentencia absolutoria, bien por efecto de alguna otra decisión de las que supone la imposibilidad de continuarlo, como aquellas que implican la extinción de la acción penal, y todas las demás a que la Corte tuvo oportunidad de referirse páginas atrás.

En desarrollo del principio de conservación del derecho, ello conduce entonces a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión “En la sentencia”, bajo el entendido de que igualmente procederá la orden de cancelación definitiva de los títulos apócrifos cuando quiera que se dicte otra providencia que ponga fin al proceso penal.

En todo caso y para plena claridad, la Corte Constitucional advierte que en cualquier evento en que, de acuerdo con lo expuesto, la cancelación de los títulos apócrifos deba ordenarse en un contexto diferente al de la sentencia de fondo, dicha decisión sólo podrá tomarse en la medida en que, habiéndose permitido el pleno ejercicio del derecho de defensa y contradicción de quienes resultaren afectados por la cancelación, su derecho haya sido legalmente desvirtuado, lo que ocurre precisamente al alcanzarse el “convencimiento más allá de toda duda razonable” sobre el carácter fraudulento de dichos títulos, requisito cuyo rigor obviamente se mantiene, así no se logre la identificación, vinculación y condena de la o las personas penalmente responsables.

1. En el asunto concreto, observa el Despacho que las referidas resoluciones administrativas 1904 del 8 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998, fueron dejadas sin efectos jurídicos y económicos⁵⁰ por la sentencia condenatoria dictada contra el otrora director de FONCOLPUERTOS, SALVADOR ATUESTA BLANCO el 28 de noviembre de 2008, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Auto 28 noviembre de 2012, rad. 40246, M.P. JOSE LUIS BARCELO CAMACHO.

⁵⁰ Folio 210, C.O. 1 de juzgamiento.

Descongestión FONCOLPUERTOS - CAJANAL. En este orden, se aprecia que en la actualidad no es necesario, por sustracción de objeto, emitir pronunciamiento alguno en torno de dichas actuaciones, ya que la situación fue enderezada a derecho a plenitud y retornada a su estado original. Es así como el Despacho se abstendrá de adoptar las medidas de que trata el canon 21 del CPP en lo que a esas determinaciones concierne.

2. De otra parte, el Despacho detalla que el acta de conciliación 18 de 8 de mayo de 1998, actuación aquí investigada y constitutiva de comportamiento por lo menos típico objetivo de peculado por apropiación, continúa surtiendo efectos jurídicos, lo cual no es óbice para estudiar la viabilidad de adoptar medidas enderezadas al restablecimiento del derecho, máxime cuando se observa que no se halla acreditado que mediante decisión administrativa o de carácter judicial hubieren sido suspendidos sus efectos o se hayan revocado tales actuaciones.

Conforme a tal información y al no encontrar constancia de que dicha acta conciliatoria señalada haya 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 cesen definitivamente los efectos creados por la comisión de la conducta, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la misma y así se frene la afectación reiterada al patrimonio estatal.

3. Ahora bien, por los motivos referidos, es menester advertir que respecto de la sentencia del 18 de diciembre 1997 y el mandamiento de pago del 23 de enero de 1998 proferido por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Barranquilla, no se encuentra prueba de su revocatoria o de que hubieren sido sometidas al grado jurisdiccional de consulta. No obstante, ante la claridad acerca de la ilicitud contenida y materializada en esas providencias, 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 siempre que se mantenga el grado de incertidumbre de que la respectiva sentencia de primer nivel no hubieren sido objeto de consulta.

4. En esa medida, como conclusión de lo expuesto en este acápite, **se dispondrá dejar definitivamente sin efectos jurídicos y económicos el acta de conciliación 18 de 8 de mayo de 1998, materializada por la concurrencia del acriminado JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA como abogado reclamante a nombre de exportuarios**, toda vez que se detectó la configuración de un comportamiento al menos típico y antijurídico.

Se decretará **comunicar estas situaciones a dichas autoridades judiciales y 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, procedan de conformidad, cesen los efectos creados por las conductas punibles 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 las referidas entidades copia de la presente decisión; e informar lo propio a los mismos una vez en firme esta providencia.

IX. 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 **cinco (5) 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: NEGAR la solicitud de nulidad impetrada por el procesado **JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA**, según lo dicho en antelación.

SEGUNDO: ABSOLVER al señor **JOSÉ LIBARDO BORJA GARCÍA** del cargo que a título de determinador del delito de peculado por apropiación agravado le fuere atribuido en la acusación objeto de este juzgamiento.

TERCERO: 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; y **ABSTENERSE** de emitir otra decisión tocante a este punto en lo restante.

CUARTO: 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.

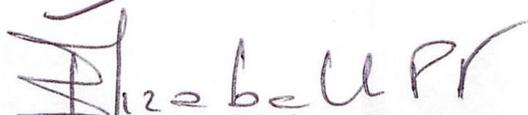
QUINTO: INFORMAR que contra este fallo procede únicamente el recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

SEXTO: 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