

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

CAUSA: 2018-00002
SINDICADO: VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ
MONTEALEGRE
DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN
AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO
SUCESIVO CON PECULADO POR
APROPIACIÓN
SUMARIO: 3416
DECISIÓN: PRESCRIPCIÓN Y CONDENA

Sentencia N° 015.

Bogotá, D. C. 14 de diciembre de 2022.

ASUNTO

Concluida la vista pública con la exhibición de las tesis presentenciales de los sujetos procesales en la presente causa adelantada contra el señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE por el delito de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo sucesivo, a título de determinador, una vez descartada la existencia de vicios invalidantes que comprometan la actuación, procede el Despacho a emitir la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

HECHOS

El adeudo que se imputa al procesado remite al adelantamiento de tres trámites judiciales.

El primero de ellos se surtió ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, decidido con sentencia de 10 de mayo de 1994, revocada en consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 11 de agosto de 2004, en el que se reclamó reajuste de prestaciones sociales y mesada pensional a partir de la indebida estimación efectuada por la empresa a las primas proporcionales de antigüedad y de servicios, imponiéndose concomitantemente penalidad por salarios moratorios.

El segundo de los asuntos remite al agotado ante el Juzgado Séptimo Laboral de la misma urbe, fallado el 22 de marzo de 1995, en el que se reclamó la reliquidación de cesantías teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado para la empresa integrando el tiempo descontado por huelga, reajuste de mesada pensional, de las demás percepciones dinerarias entregadas al término de la relación laboral y pago de salarios moratorios, posteriormente sometido al grado jurisdiccional de consulta ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pamplona que mediante decisión de 17 de marzo de 2004, revocó la decisión estudiada y dispuso la absolución de la parte accionada.

Finalmente, como tercer evento conocido en el expediente, se encuentra el trámite adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, en el que se formularon pretensiones análogas, relacionadas con variaciones en las primas de servicios proporcionales, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad con impacto en el promedio tenido en cuenta para el momento del retiro y sanción moratoria, acogidas en decisión de 17 de septiembre de 1997, que después, al ser objeto de análisis en consulta atendida el 14 de diciembre de 2001, por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, fue objeto de revocatoria.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Vinculado a la actuación mediante diligencia de indagatoria, se trata del ciudadano **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**, portador de la cédula de ciudadanía 7.466.705 de Barranquilla, natural de la municipalidad de Puerto Colombia (Atlántico), donde nació el 12 de abril de 1952, contando actualmente con 70 años de edad; hijo de ADÁN HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y ANA ISABEL MONTEALEGRE (fallecidos), de estado civil casado con la señora EDITH NOVA GÓMEZ con quien tiene cuatro hijos; grado de instrucción estudios primarios; pensionado de la empresa portuaria y residente en la Carrera 14 N° 4 A-98, de la ciudad de Barranquilla.

ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

El 20 de febrero de 2012¹, la Fiscalía Octava de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración pública dispone la apertura de la investigación previa en contra del señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, así como oficiar a la coordinación de la UGPP para que informara si a la fecha se habían realizado reintegros dinerarios por el

¹ Folios 124 a 126 c. o. 1 de instrucción.

investigado relacionados con las sumas presuntamente pagadas irregularmente en virtud de los tres procesos judiciales y a pesar de la actuación reproducible de la cartilla decodificada y alfabética de preparación del documento de identidad.

Con decisión de 05 de mayo de 2014², la anunciada Fiscalía dispuso recaudar algunas pruebas relacionadas con estudio contable de las prestaciones sociales del procesado, de la tasación de los perjuicios irrogados a la entidad estatal con ocasión de los eventos generadores de reproche, aducir el reporte de antecedentes penales que pudiere registrar en las bases de datos de las entidades de seguridad del Estado y oírlo en indagatoria.

Recaudada la injurada del procesado HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, mediante decisión de 19 de septiembre de 2014³, se dispuso el cierre de la investigación y el agotamiento del término contemplado en el precepto procedimental 393 del CPP, relativo a la oportunidad con la que cuentan los sujetos procesales para presentar argumentos previos a la calificación.

El calificadorio sumarial fue adoptado el 31 de julio de 2015⁴, disponiendo acusar al ahora encausado por el concurso homogéneo sucesivo de conductas punibles de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de determinador; abstenerse de imponer medida restrictiva de la libertad en su contra y adoptar como medidas de restablecimiento del derecho la suspensión de los efectos jurídicos y económicos de las resoluciones 691 de 1994 y 736 de 1998 en lo que se refiere a VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE.

Confutado horizontal y verticalmente el sentido de esa decisión por la defensa técnica, fue decidido el primero de los recursos planteados con proveído de 17 de enero de 2017⁵, en el sentido de no reponer de providencia recurrida por las razones allí expuestas. En segunda instancia, la cual correspondió a la Fiscalía Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de **15 de marzo de 2018**, se impartió confirmación a la acusación controvertida.

La etapa de causa fue acometida por este Estrado, avocando el conocimiento de las diligencias mediante auto 202 de 04 de mayo de 2018, en el que además se destinó el 15 de junio siguiente para la celebración de la audiencia preparatoria. La vista pública fue evacuada en varias sesiones, comenzando el 24 de julio de 2018, oportunidad en la que fue escuchado el procesado en interrogatorio y teniendo en cuenta

² Folios 141 a 144 c. o. 1 de instrucción.

³ Folio 184 c. o. 1 de instrucción.

⁴ Folios 202 a 235 c. o. 1 de instrucción.

⁵ Folios 276 a 289 c. o. 1 de instrucción.

su versión en el sentido de no haber extendido mandato distinto que el del profesional del derecho RAFAEL VILLALBA HODWALKER, se dispuso tener en cuenta el anunciado mandato para efectos de establecer mediante dictamen pericial si los poderes librados en las demás actuaciones judiciales fueron rubricados por el enjuiciado.

Seguidamente, se celebraron sesiones el 21 de febrero y 07 de marzo de 2019, última data en la que se realizó la variación de la calificación jurídica provisional introduciendo el incremento de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004; para finalizar el decurso en deliberaciones de 04 y 24 de abril de la misma anualidad cuando se recaudaron los argumentos presentenciales de los sujetos procesales.

VOCATORIO A CAUSA

Los eventos relatados por la agencia Fiscal en el pliego acusatorio, que encuadra el proceder del acusado en la descripción típica de peculado por apropiación agravado por la cuantía en concurso homogéneo sucesivo, se concretan en el adelantamiento de tres trámites judiciales sin que se contara con amparo positivo y fáctico para ello.

El primero de los mencionados, agotado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla y decidido con sentencia de 10 de mayo de 1994⁶, en el que se discutió el reajuste de las prestaciones sociales y mesada pensional a partir de la indebida estimación efectuada por la empresa a las primas proporcionales de antigüedad y de servicios, imponiéndose concomitantemente penalidad por salarios moratorios; la comentada providencia fue revocada en consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 11 de agosto de 2004⁷, encontrando que las percepciones reclamadas habían sido debidamente atendidas en la liquidación final, advirtiendo la improcedencia de la sanción moratoria. Refiere dentro de la valoración de las pruebas que esta causa fue atendida con resolución 423 de 21 de febrero de 1996.

De otro lado, se encuentra el asunto promovido ante el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, resuelto con pronunciamiento de 22 de marzo de 1995⁸, dossier en el que se reclamó la reliquidación de cesantías teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado para la empresa, reajuste de las demás percepciones dinerarias entregadas el término de la relación laboral, reajuste de la mesada pensional y pago de salarios moratorios, acogiendo las pretensiones de reliquidación de primas de antigüedad y servicios proporcionales, de servicios del segundo semestre de 1991 y las

⁶ Folios 195 a 118 del c. o. 4 de juicio.

⁷ Folios 247 a 256 del c. o. 4 de juicio.

⁸ Folios 178 a 187 del c. o. 3 de juicio.

percibidas en 1992, diferencia de cesantías integrando 29 días indebidamente descontados, reajuste de la mesada pensional y sanción moratoria; la anunciada decisión, al ser sometida al grado jurisdiccional de consulta ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pamplona, devino en el proferimiento de fallo de 17 de marzo de 2004⁹, en el que se tuvo en cuenta la deficiencia probatoria yacente en el ejemplar de la Convención Colectiva de Trabajo (en lo venidero CCT) aportada a la causa laboral, al no ser expedida por la oficina encargada de su guarda. Anota la instructora que la condena fue pagada inicialmente con la misma decisión administrativa que la anteriormente mencionada.

Finalmente, cita pormenores del trámite acometido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, en el que fue reclamada la inclusión del retroactivo de la prima de servicios pagado en la agosto de 1991, al presuntamente no haber sido tenido en cuenta para liquidar la prima de diciembre de la misma anualidad, la estimación de las vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad y prima de servicios proporcionales en el promedio tenido en cuenta para el momento del retiro, la debida inclusión de los devengados en febrero y septiembre de 1992, e integrar la prima de junio de 1992 para efectos de establecer la prima proporcional al retiro.

Las anunciadas pretensiones fueron acogidas por el Estrado fallador en decisión de 17 de septiembre de 1997¹⁰, disponiendo reamortizar la prima de antigüedad, la de servicio y proporcional de servicios, el monto de las cesantías, el reajuste de la mesada pensional y condena en sanción moratoria. Acometido el estudio de la causa y su decisión en sede de consulta, con proveído de 14 de diciembre de 2001¹¹, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, ordenó, ante la deficiencia probatoria anidada en el ejemplar de la CCT aportada a la causa laboral, revocar la providencia consultada y absolver a la entidad demandada.

Anota la Fiscalía que adicional a los comentados asuntos, valiéndose de la información aportada en los printers de pago por la entidad encargada del pasivo pensional de la empresa portuaria, se tiene noticia de que el procesado registra pago en virtud del acta de conciliación 072 de 20 de mayo de 1998, en donde aparece como beneficiario en virtud de proceso adelantado ante el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, en el que estuvo representado por el doctor RAFAEL VILLALBA HODWALKER, aspecto del que ha decirse desde ya, que no se trata de evento independiente, ya que remite al fallado con sentencia de 22 de marzo de 1995, analizado en apartes precedentes.

⁹ Folios 261 a 267 del c. o. 3 de juicio.

¹⁰ Folios 107 a 111 del c. o. 1 de juicio.

¹¹ Folios 154 a 169 del c. o. 1 de juicio.

Otra reclamación judicial de conocimiento del mismo Estrado Judicial en el que por las gestiones del doctor CAMILO TORRES ROMERO, al parecer se percibió condena en su favor por reliquidación de prima proporcional de antigüedad, reamortización de cesantías, mesada pensional e imposición de salarios moratorios, pagados con la resolución 4409 de 02 de septiembre de 1997, sin que se hubiere integrado este pago dentro de los eventos juzgados en la presente causa, misma situación en la que se encuentran otras solicitudes acometidas por vía administrativa.

Anota la instructora que el compromiso del procesado, acorde a las evaluaciones contenidas en la resolución 01935 de 31 de diciembre de 2009 que ascendió a \$116'960.848,45, radica en el hecho de haber reclamado de forma copiosa el reconocimiento de factores salariales, prestacionales y pensionales a los que no tenía derecho, al ser oportunamente atendidos por su otrora empleadora, así como en la reiterada imposición de sanciones moratorias sin asidero circunstancial, con lo que alcanzó la emisión de decisiones judiciales infundadas y el igualmente reprochable proferimiento de actos administrativos sin el afianzamiento necesario para ello, actuar que repercutió en el detrimento de los recursos públicos en la cuantía acabada de identificar según la precitada resolución 01935 de 31 de diciembre de 2009, que de acuerdo con la Fiscalía, para 1995 ascendía a 983,40 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (en lo consecutivo SMLMV).

Anota la instructora que dentro del presente asunto únicamente fue vinculado el señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE atendiendo a que los abogados que acometieron su representación fueron investigados de forma separada dentro del sumario 2384, donde resultó posteriormente condenado el doctor CAMILO TORRES; pasando a efectuar algunas precisiones en torno de la calidad de determinador a partir de la que desplegó la actividad criminal el convocado, haciendo referencia a algunas citas jurisprudenciales relacionadas con el particular.

Culmina la disertación anotando que ninguna justificación se advierte en el dicho del procesado, quien pretende repeler su responsabilidad a partir del hecho de que fueron sus representantes judiciales quienes le aseguraron estar efectuando reclamos con apego a derecho, ante el alegado desconocimiento de su empleadora; notándose, por el contrario, que lejos de actuar prevalido de buena fe, quiso alcanzar percepciones dinerarias del erario invocando análogas e insustanciales pretensiones en los tres trámites judiciales que se le reprochan, lo que da cuenta de su marcada intención ilícita y su inequívoco arrojo de acceder a beneficios pecuniarios que engrosarían su patrimonio.

Por lo anterior, convoca a juicio criminal al señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE como determinador responsable del

concurso homogéneo sucesivo de conductas punibles de peculado por apropiación agravado por la cuantía, acorde a las consideraciones plasmadas en el proveído; absteniéndose de gravarlo con medidas provisionales restrictivas de la libertad; y disponiendo lo pertinente de cara al restablecimiento del derecho relativo a la cesación de los efectos jurídicos y económicos de las resoluciones 691 de 1994 y 736 de 1998, en lo que al procesado se refiere.

Como se dijo, recurrida en reposición la acusación por el representante de la defensa, la agencia Fiscal mediante providencia de 17 de enero de 2017, dispuso ratificarla y conceder el recurso subsidiario de apelación ante el superior funcional;alzada que correspondió a la Fiscalía Treinta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, instancia que mediante decisión de **15 de marzo de 2018**, la confirmó, quedando, por ende, en firme.

ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

La exposición final de los sujetos procesales culminó el debate público, oportunidad en la que se escuchó en el orden de Ley a los asistentes que exhibieron los siguientes pedimentos y argumentos.

El representante de la Fiscalía.

Inicia su intervención ratificando los cargos que se le imputaran al procesado en el pliego calificadorio, de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo sucesivo en calidad de determinador, incrementado por el contenido del canon 14 de la Ley 890 de 2004, integrado por variación en curso de la audiencia pública, por lo que solicita se emita sentencia condenatoria en su contra teniendo en cuenta que su compromiso yacente al haber promovido diversas causas judiciales sin que le hubiere acompañado amparo de ninguna índole para ello.

Anota que de las pruebas obrantes en el expediente se consolida la responsabilidad de éste, derruyéndose la presunción de inocencia que lo cobijaba, razón por la que pasa a realizar algunas puntualizaciones en torno del paso del acriminado por la entidad portuaria, de algunos detalles del acceso al beneficio pensional y de las conclusiones a las que se ha llegado a lo largo del trámite acerca de la justeza de la estimación de sus prestaciones sociales, ultimando que ninguna procedencia tenían las solicitudes que por vía judicial impulsó por intermedio de apoderados.

Las pretensiones dirigidas a que se reamortizaran primas, cesantías, mesada pensional y otros rubros, así como la que se enfilaba a la

imposición de salarios moratorios, carecían de sustento normativo y fáctico que impedían que se consideraran prósperas, tal como lo afirmó el Tribunal Superior de Bogotá al analizar los conceptos reclamados, detallando los renglones analizados en los tres trámites judiciales, las decisiones que los concedieron en los Juzgados Primero, Séptimo y Cuarto del Circuito de Barranquilla junto a los actos administrativos que las acataron y las providencias adoptadas en sede de consulta por las Salas Laborales de diferentes Distritos Judiciales del territorio nacional.

Seguidamente, hace mención de las disposiciones administrativas que posteriormente se emitieron para aplicar las órdenes adoptadas en consulta, en las que se decretó la revocatoria de actos previos que sirvieron para acceder a los dineros públicos y el reintegro de las sumas entregadas irregularmente, de otros reclamos que sin ser parte de los eventos investigados en sentir del deponente denotan la decidida voluntad del procesado de beneficiarse de los recursos públicos.

Estima que las exculpaciones respecto de su actuar han sido presentadas por él mismo en sus salidas defensivas sin mérito alguno, máxime cuando trata de justificarse en el presunto hecho de que no libró poderes distintos al ejercido por el doctor RAFAEL VILLALBA HODWALKER, aspectos de los que considera se cristaliza su actuar doloso encaminado a acceder ilícitamente a los recursos estatales, culminando su relato con algunas precisiones relativas al grado de participación, por lo cual, al encontrarse reunidos los requisitos para ello, deberá responder penalmente como determinador de concurso homogéneo sucesivo de conductas peculadoras agravadas.

La Parte Civil

A su turno, el representante de esta bancada manifiesta acogerse a las estimaciones jurídicas y a la exposición fáctica presentadas por el delegado de la Fiscalía, agregando la pretensión especial de que se disponga la revocatoria definitiva de aquellas decisiones judiciales y administrativas que dieron lugar a la defraudación de los recursos públicos.

En apoyo de sus pretensiones relata algunos aspectos asociados con el paso del procesado por la empresa portuaria, de aquellos eventos que se dieron al retiro de la ésta y de los aspectos vinculados a las insustanciales reclamaciones judiciales que sirvieron para poner el aparato administrativo en marcha y acceder de manera ilícita a los recursos que gobernaba el Fondo liquidador de la empresa portuaria, haciendo una exposición de las decisiones judiciales que antecedieron los irregulares pagos, que en parte de los eventos, se dieron mediante bonos de deuda pública TES Clase B; resultas a las que se accedió de

manera dolosa, con la plena intención de beneficiarse irregularmente de los mencionados bienes; destacando las providencias proferidas en sede de consulta en cada uno de los asuntos memorados.

Los plurales aumentos aplicados a la mesada pensional y las sumas percibidas por cada una de las decisiones que se reprochan, de las cuales se ha pretendido mostrar ajeno el procesado, dejar ver el conocimiento e intención que tenía el señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE de acceder de cualquier forma a los dineros que administraba FONCOLPUERTOS, lo que se reafirma a partir de las pruebas aportadas al expediente, como, por ejemplo, de las consideraciones plasmadas en las decisiones emitidas en consulta, conjunto de aspectos que lo llevan a ratificarse en la solicitud de emisión de sentencia condenatoria en contra del enjuiciado como determinador del concurso homogéneo sucesivo de reatos de peculado por apropiación agravados por la cuantía, encontrándose superada la presunción de inocencia.

Como medidas de restablecimiento del derecho solicita se dejen sin efectos jurídicos y económicos aquellos actos administrativos proferidos en acatamiento de las irregulares pretensiones del procesado, así como indemnizar los perjuicios que con estos eventos se hubieren causado a la entidad que representa.

El apoderado defensivo.

Acota el protector técnico que la responsabilidad penal endilgada a su prohijado se deriva de la reclamación judicial adelantada por intermedio del abogado RAFAEL VILLALBA HODWALKER, quien sometió las aspiraciones de su cliente al escrutinio de la autoridad judicial para que resolviera lo pertinente, accediéndose a las aspiraciones formuladas y disponiendo el pago de las sumas que se respaldaban en la decisión judicial.

En torno de las dos causas laborales que adicionalmente se le persigue atribuir a su prohijado, anota que éste ha sido categórico en manifestar que desconoce haber librado mandato judicial distinto a aquel del doctor VILLALBA HODWALKER; igualmente destaca el precario nivel académico del señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE quien tan sólo cuenta con cuarto grado de formación primaria y ausencia de estudios en materias jurídico laborales, lo que lo sustrae de actuar de manera dolosa para acceder de forma presuntamente irregular a los recursos públicos.

La Fiscalía desde la misma resolución de acusación no ha arribado al grado de certeza que reclama la norma para reclamar una decisión de carácter condenatorio y resulta desatinada su afirmación enfilada a demostrar que su cliente dispuso su actuar a determinar a las autoridades

judiciales y directivas administrativas para que desde sus potestades ordenaran irregularmente las condenas y respectivo pago de las sumas contenidas en las providencias judiciales que se le imputan para esquilmar el erario, pues refiere que lo que se encuentra acreditado es que su poderdante reconoce haber librado un mandato judicial al doctor VILLALBA HODWALKER fundamentado en el criterio que le expusiera el togado para acometer la reclamación, mostrado desconocedor respecto de los otros dos trámites, afirmación que no ha sido derruida probatoriamente por la Fiscalía.

El señalamiento en contra del mencionado ciudadano yace de la disparidad de criterios presentada en las aspiraciones laborales que el abogado encontró insolutas, lo cual fue planteado a partir de los conocimientos que aquel ostentaba sobre las normas convencionales y los hallazgos advertidos de la liquidación del procesado, eventos de los que no estima razonable enrostrarle compromiso a su cliente, ya que todo el despliegue de la causa laboral se dio por gestión exclusiva del togado, sin que se advierta prueba que le comprometa.

Acerca de la prueba grafológica que se realizó a las rúbricas de su procurado, recuerda que dentro de dicha experticia se dijo que la firma impuesta en el poder aportado al proceso ordinario laboral del Juzgado Cuarto de esa especialidad muestra rasgos y tribulaciones en sus trazos disímiles a las aportadas por el procesado, quien pese a su avanzada edad, muestra un recorrido gráfico y dinamografía ágil en las muestras aportadas, lo que llevó a afirmar que las rubricas analizadas no eran uniprocedentes, mas a partir del hecho de que no se pudo acceder a tipos contemporáneos al analizado, no fue posible emitir un análisis definitivo sobre la autoría de la firma plasmada en el anunciado memorial poder, aspecto que aunque no permite arribar a una conclusión certera, dice el apoderado defensivo, se planta como una duda que legal y constitucionalmente debe ser atendida en favor de su cliente.

Señala que su defendido se limitó a emitir un poder prevalido de la asesoría que en torno de la procedencia del reclamo le ofreció el profesional del derecho, lo que lo llevó a actuar de buena fe y convencido de que se estaba acometiendo un reclamo en derecho, luego no encuentra argumento valedero en los planteamientos de la Fiscalía, toda vez que pretende atribuirle responsabilidad a un ciudadano que cuenta con un precario nivel académico, quien claramente debía contar con el concepto de un abogado para efectuar el reclamo que dice haber procurado.

Los aspectos relativos al conocimiento que ostentaba el procesado alrededor de la inequívoca irregularidad de su actuar, la ilicitud de su reclamo, la existencia de los diversos pagos en su favor a partir de los recursos de la empresa, el hecho de que de las pruebas no se pueda

concluir con solidez que éste quiso materializar su trazado en los procesos que se le enrostran, al no estar probado que hubiere librado poderes para los tres asuntos, y el resultado que arrojó el estudio grafológico analizado en precedencia, conllevan a predicar que no existe certeza respecto de la responsabilidad de su cliente, pues lo único que se encuentra acreditado es que extendió poder para un reclamo que estimó ajustado.

No es dable que se emita un fallo de condena a partir de suposiciones o con fundamento en las débiles afirmaciones de la Fiscalía y de la parte civil, dado que la decisión que ha de abrirse paso debe fundarse en las pruebas que oportunamente se han apercido al expediente, lo cual no ha hecho la agencia persecutora, situación que impone dictar fallo absolutorio en favor de su defendido.

Por otra parte, solicita se declare la prescripción de la acción penal en lo que se refiere a los eventos independientes que se adelantaron ante los Juzgados Primero y Cuarto Laborales del Circuito de Barranquilla al haber sido afectados por el comentado instituto debido al paso del tiempo; y, en caso de que se llegare a dictar condena en su contra, ruega al Juzgado se estudie la posibilidad de otorgarle el beneficio de la prisión domiciliaria teniendo en cuenta los aspectos particulares de su cliente que se han conocido dentro del trámite.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que el asunto en cuestión se halla en estadio de proferir sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de la conducta punible de peculado por apropiación agravado, acorde a las consideraciones plasmadas en 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.

Previo a pronunciarse en torno de la vigencia de la acción penal en este asunto, es menester manifestarse acerca de la variación de cargos efectuada por la Fiscalía en la vista pública acorde al canon 404 ritual, pues no ofrece duda ahora para el Despacho que con ese proceder se introdujo a la calificación jurídica provisional el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el cual es prudente advertir desde este momento que no es viable aceptar en derecho de cara a los lineamientos jurisprudenciales definidos por el máximo Juez Penal colombiano, pues aunque de hecho es diáfano que las actuaciones administrativas que se investigan mantuvieron sus efectos jurídicos y

patrimoniales más allá del 01 de enero del año 2005, cuando entraron a regir paulatinamente en el país las Leyes 890 y 906 de 2004, según el canon 530 de ésta, y que el artículo 397 primigenio del CP fue modulado por el canon 14 de la Ley 890 de 2004, no es posible tener en cuenta la adenda punitiva descrita en el mandato 14 de la Ley 890, toda vez que, como adujo la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá en decisión de 04 de febrero de 2021, al estudiar la alzada propuesta en el asunto adelantado contra JJVP, cuando citó apartes del pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 55.382, emitido el 09 de octubre de 2019, sólo es posible este aumento de penas para los aforados constitucionales, y para quienes no ostenten tal calidad se requiere que la actuación se encuentre en una oportunidad procesal en la que sea viable, siempre que la persona esté dispuesta a acceder a rebajas de pena a cambio de colaboración con la justicia, lo cual no sucede en el asunto de la especie.

De hecho, en este asunto el H. Tribunal Superior de Bogotá el 23 de octubre de 2018, estimó que se debía excluir el ajuste de dicho aumento sancionatorio, al no ser objeto de la figura establecida en el artículo 404 ritual, a lo que agregó que los efectos dilatados en el tiempo, no tornan el punible de peculado por apropiación en un delito permanente, ni en un ilícito nuevo que amerite la aplicación de dicha normativa que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2005, a la par de la Ley 906 de 2004. Del mismo modo, valoró no aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 50472 de 21 de febrero de 2018, válido únicamente para casos de aforados constitucionales por infracciones acaecidas con posterioridad a la entrada en vigencia de Ley 906 de 2004, y no para asuntos como los presentes.

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

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

De otro lado, comoquiera que el apoderado de la defensa planteó situación de la que se puede consolidar afectación en la vigencia de la acción penal ante la concurrencia del fenómeno prescriptivo, se impone la necesidad de acometer el análisis de la postulación previo a efectuar el escrutinio con miras a tomar la decisión de fondo.

El esbozo del togado se cimentó de forma lacónica e insustancial en el hecho de que las providencias judiciales que hacen parte del objeto de juicio fueron emitidas para los años 1994, 1995 y 1997, situación que, teniendo en cuenta la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, lleva a que actualmente se encuentre agotado el término con el que cuenta el Estado para proseguir con la persecución penal, afirmación frente a la que se debe precisar que carece de razonamientos de fondo que permitan concluir detalladamente y sin duda alguna que concurre la situación planteada por éste, comoquiera que omite precisar la fecha hasta la cual se extendieron los efectos jurídicos de las conductas reprochadas, lo que claramente incide en la data hasta la cual repercuten los comportamientos sindicados.

Por lo anterior, al encontrarse someros los argumentos de la defensa sobre la presunta cristalización del fenómeno prescriptivo en los hechos materia de causa, se dispone negar la pretensión de este sujeto procesal al no poderse arribar a un juicio certero a partir de los aspectos presentados al Despacho en su postura presentencial, situación que no es óbice para que, de encontrarlos probados el Juzgado, se adopte decisión oficiosa en el torno de la vigencia de la acción penal.

Así las cosas, el Juzgado entrará a analizar cada uno de los eventos señalados dentro del vocatorio a causa como constitutivos de reproche penal a partir del material demostrativo aportado al paginario, identificando el impacto de cada asunto en los recursos públicos inicialmente administrados por Puertos de Colombia y posteriormente por FONCOLPUERTOS, la ubicación temporal del último hecho consolidador de ilicitud y la adecuación típica que acorde a estas particularidades le corresponde a cada circunstancia analizada.

Sobre lo atinente a estos tópicos, refiere la orden administrativa 01935 de 31 de diciembre de 2009, haberse apoyado en el contenido de la NOTA INTERNA 1043 de 25 de septiembre de 2008, obrantes al inicio de la investigación, última en la que se establecen los montos que para esa anualidad debía reintegrar el extrabajador por los incrementos que indebidamente se aplicaron a la mesada pensional atendiendo las órdenes de los Juzgados Primero y Séptimo Laborales de Barranquilla, arrojando un monto total a restituir de \$1 16'960.848,45 que se erige como el objeto de la irregular apropiación, acogido dentro del señalamiento criminal y las pretensiones resarcitorias de la parte civil.

Teniendo en cuenta los cálculos efectuados en el anunciado documento respecto de las sumas erogadas periódicamente en la mesada pensional por acatamiento a las órdenes judiciales revocadas, se precisa hacer referencia al cuadro allí contenido para efectos de ambientar el fallo con la identificación precisa de la apropiación derivada de los trámites judiciales a que se ha hecho referencia.

| VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE | | | | | |
|---|--------|--------------|-------|-------------------|-----------------|
| AÑO | IPC | DIFERENCIAS | MESES | PERIODO | TOTAL |
| 1996 | | \$118.047,49 | 13 | Feb-Dic + 2 adic. | \$1'534.617,39 |
| 1997 | 19,00% | \$143.581,16 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$2'010.136,27 |
| 1998 | 17,68% | \$168.966,31 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$2'365.528,36 |
| 1999 | 16,70% | \$197.183,69 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$2'760.571,60 |
| 2000 | 9,23% | \$215.383,74 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$3'015.372,36 |
| 2001 | 8,75% | \$234.229,82 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$3'279.217,44 |
| 2002 | 7,65% | \$252.148,40 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$3'530.077,57 |
| 2003 | 6,99% | \$269.773,57 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$3'776.829,99 |
| 2004 | 6,49% | \$287.281,88 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$4'021.946,26 |
| 2005 | 5,50% | \$303.082,38 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$4'243.153,30 |
| 2006 | 4,85% | \$317.781,87 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$4'448.946,24 |
| 2007 | 4,48% | \$332.018,50 | 14 | Ene-Dic + 2 adic. | \$4'648.259,03 |
| 2008 | 5,69% | \$350.910,36 | 9 | Ene-Ago + 1 adic. | \$3'158.193,20 |
| SUBTOTAL | | | | | \$42'792.848,99 |
| Mesadas atrasadas Resolución No. 423 de 21 de febrero de 1996 – Sentencias de 10 de mayo de 1994 y 22 de marzo de 1995, de los Juzgados Primero y Séptimo Laborales del Circuito de Barranquilla. | | | | | \$1'239.896,88 |
| TOTAL | | | | | \$44'032.745,87 |

Acorde a la información aportada en el acotado estudio por la entidad encargada de la administración del pasivo social de la empresa portuaria para 2008, el pago de las condenas y los incrementos ordenados en la mesada pensional en aquellas providencias representan fracciones específicas en el total de los dineros erogados de los recursos públicos objeto de reproche, por lo que se deben realizar algunas distinciones acerca del comportamiento de la percepción de jubilación del procesado desde sus orígenes, tendiente a establecer la defraudación cristalizada con ocasión de las decisiones judiciales alcanzadas.

En este orden, se precisa que el monto de la mesada pensional fue inicialmente fijado en fracción de 65,36% del promedio salarial del último año trabajado mediante resolución 046616 de 18 de enero de 1993¹², causada desde el 23 de noviembre de 1992 en importe de **\$255.846,47**, teniendo en cuenta la media del período que la gobernaba, en el que se integraron los renglones de sueldos, domingos y feriados, salario de garantía, bonificación, salario por incapacidad, desgaste físico, recargo de 20%, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad proporcional 8.96, prima de servicios proporcional, manejo de carbón, subsidio refrigerio, vacaciones en tiempo, prima de servicios junio 1º a noviembre 22 de 1992.

Posteriormente, en virtud de la sentencia de 10 de mayo de 1994, emitida por el Juzgado Primero Laboral de Barranquilla la percepción se incrementó a **\$259.025,01**, desde el momento en que se generó el

¹² Folio 173 y 174 c. o. 3 de instrucción.

derecho más los aumentos de Ley; presentándose, en virtud de esta decisión, una diferencia en aumento en la mesada de **\$3.178,54**.

Al anterior acrecentamiento se agrega, que en cumplimiento de la decisión del Juzgado Séptimo Laboral de 22 de marzo de 1995, que más adelante se revisará detalladamente, el *quantum* de la mesada aumentó a **\$305.910,24**, en las mismas condiciones de la acabada de mencionar, esto es, desde el instante en se causó el derecho más los incrementos de Ley; impactando en la pensión en cuantía de **\$50.063,77**.

De lo analizado se concreta que en atención a las disposiciones judiciales, en el orden que han sido analizadas, la mesada percibida se aumentó en **1,24%**¹³ y **19,56%** desde la data en que se accedió al derecho, para un total de **20,80%**, más los reajustes que año a año se dieron en virtud de las disposiciones gubernamentales y que quedaron plasmados en el anunciado estudio contable.

Al extraerse dicho porcentaje de **20,80** del monto de **\$44´032.745,87** erogado de más en la mesada del procesado, correspondiente a la porción de lo indebidamente incrementado en virtud de las sentencias de los Juzgados Primero y Séptimo Laborales del Circuito de Barranquilla, y multiplicado por las fracciones que de cada una de estas se derivó en la pensión, se obtiene las cifras de \$2´625.029,08 correspondiente a 5,68 SMLMV de 2008, como pago total por el primero de los trámites judiciales, y \$41´407.716,78 equivalentes a 89,72 SMLMV de la anualidad en cita, en lo que atañe al segundo.

En esta medida, de vuelta sobre la inspección de vigencia de la acción penal, acorde a los precitados cómputos se tiene que respecto del primer asunto analizado, que repercutió en la mesada en cuantía de \$2´625.029,08 o 5,68 SMLMV de 2008, y reportó un pago inicial de \$17´040.075,26 equivalentes a 172,64 SMLMV de 1994, se tiene una valía total de **178,32 SMLMV** erogados, correspondiendo a conducta que encaja en la descripción del reato de peculado por apropiación simple, al haber quedado por debajo de la media de 200 SMLMV, contrario a lo que afirmara la agencia persecutora en el pliego de cargos, donde estableció de forma antojadiza, ligera, sin estudio ni criterio alguno la presunta ocurrencia de tres eventos constitutivos de peculado por apropiación agravado.

A estas precisiones se arriba únicamente en este momento de análisis del fallo, cuando se valoran en conjunto y críticamente todas las pruebas, ya que en manera alguna la Fiscalía lo efectuó en el pliego de cargos,

¹³ Porcentaje que resulta de tomar el monto del incremento aplicado a la mesada pensional en acatamiento de cada una de las sentencias judiciales, multiplicado por 100, para posteriormente ser dividido por la cifra en que se fijó el beneficio pensional en 1993.

donde ese órgano estatal no expuso la debida discriminación fáctica de cara a las cuantías exactas y al encuadramiento típico propio de cada comportamiento, de suerte que es sólo hasta este instante cuando se detalla la presencia de un peculado simple y del término pertinente de 7 años y 6 meses cercano para la prescripción de la acción penal que se ajustará el 15 de septiembre de 2025, lo cual únicamente es atribuible a la Fiscalía por las serias deficiencias en que incurrió y a la congestión judicial que ha agobiado a este Juzgado, según lo explicitado con antelación.

El accionar bajo examen, acorde al precepto 397 sustantivo, contempla pena privativa de la libertad alinderada entre 6 y 15 años, extremo superior que acorde a los mandatos 83, 84 y 86 del CP que regulan la figura de la prescripción de la acción penal, y establecen que ésta se materializa en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la Ley, será la que gobierne el presente estudio, debiéndose tener en cuenta que en las conductas punibles que sólo alcancen el grado de tentativa, el lapso respectivo comenzará a correr desde la perpetración del último acto. En cuanto a la interrupción del término prescriptivo, el canon 86¹⁴ del CP establece que éste se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

Acerca de la firmeza de las providencias, el mandato 187 del CPP indica:

“Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes. La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente”.

Frente al caso concreto se advierte que para la época de los hechos regía el Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, en lo que toca al punible de peculado por apropiación, empero el artículo original 397 del CP actual es el que debe aplicarse a este caso por favorabilidad, visto el tope máximo de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes que consagra para la sanción pecuniaria, límite que no traía la anterior preceptiva.

En este orden de cosas, en vista de que el interregno a tener en cuenta para efectos de corroborar la vigencia de la acción penal en etapa

¹⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de marzo de 2006, Radicado 24300, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. “6. Con base en lo anterior, el artículo 6 de la ley 890 del 2004 debe ser concebido como modificadorio en lo relacionado con los asuntos tramitados por el sistema procesal de la ley 906 del 2004 (...) Pero para el procedimiento regido por la Ley 600 del 2000, el artículo 86 de la Ley 599 del 2000 aplicable es el original, esto es, no lo cobija aquella modificación.”.

investigativa respecto del hecho analizado es de 15 años, se debe contabilizar éste de forma regresiva desde el 15 de marzo de 2018 -fecha de ejecutoria de la resolución de acusación-, cálculo que se ubica en el 15 de marzo de 2003, esto es, mucho antes de que naciera a la vida jurídica la resolución 01935 de 31 de diciembre de 2009, con la cual se dispuso aplicar las órdenes revocatorias dictadas en sede de consulta y dejar sin efectos jurídicos y económicos los actos administrativos que dieron cumplimiento a las providencias judiciales materia de esta causa penal, erigiéndose como el evento que interrumpe los efectos dañinos de la conducta.

En esta medida se encuentra probado que el fenómeno prescriptivo no se consolidó en etapa de investigación en lo que al evento analizado se refiere; situación que atendiendo que en fase de juicio el comentado lapso se reduce a la mitad, plantándolo en 7 años y 6 meses, permite concluir que tampoco se ha consolidado en este estadio, comoquiera que desde el 15 de marzo de 2018 a la fecha no se ha agotado el anunciado interregno.

De otro lado, en lo que atañe al reclamo judicial adelantado ante el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, en el que al igual que en primero analizado el encausado estuvo representado por el doctor RAFAEL ENRIQUE VILLALBA HODWALKER, yace del material demostrativo y de los cálculos efectuados en precedencia, que el impacto en la mesada pensional ascendió a \$41'407.716,78 equivalentes a 89,72 SMLMV de 2008, a lo que se adicionan \$53'000.000,00 que inicialmente se acordaran pagar mediante acta de conciliación 072 de 30 de abril de 1998 y resolución 2070 de 20 de mayo de la misma anualidad, que en salarios mínimos corresponde a 260,02 SMLMV de 1998, montos que sumados arrojan el total de **349,74 SMLMV** como objeto de lo presuntamente pagado indebidamente.

Esta deducción conduce a concluir que los eventos relacionados con este reclamo se encuadran en la descripción del tipo de peculado por apropiación agravado, al superar la cuantía de los 200 SMLMV, comportando incremento punitivo que de acuerdo con la regla 60 del CP, oscila entre 72 y 270 meses de prisión. Por tanto, el término máximo de sanción privativa de la libertad imponible en el presente caso, que es el que gobierna el lapso prescriptivo de la acción penal, es de 270 meses, que equivalen a 22 años y 6 meses, lapso que de acuerdo con el límite del canon 83 del CP se reduce a 20 años.

En vista de que el examen realizado en apartes precedentes a la conducta simple arrojó la conclusión de no haberse agotado el lapso legal para acometer la persecución punitiva en cabeza del Estado por intermedio de sus órganos competentes, se precisa que el que se revisa en el presente aparte corre la misma suerte, al comportar el último pena

superior en razón de su impacto pecuniario y la relevancia preferente establecida en el precepto de marras, por lo que no se encuentra presente la circunstancia prescriptiva en este hecho.

De cara a los hechos asociados con el pago de la providencia judicial del Juzgado Cuarto Laboral de Barranquilla, tasados en el mandamiento de pago de 23 de octubre de 1997, se precisa que el contenido de la NOTA INTERNA 1043 de 25 de septiembre de 2008, reporta que en lo que a esta reclamación se refiere, y revisada la hoja de vida del extrabajador junto con las bases de datos de los sistemas de información y gestión documental de pagos, que para cuando se elaboró el informe se encontraban desactualizados, no se pudo establecer que se hubiere dado pago en acatamiento de la comentada orden judicial.

Del mismo modo, ha de precisarse que de las pruebas aportadas en fase de causa, en especial de los documentos que componen la hoja de vida pensional del señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE¹⁵, donde obra reproducción del acto administrativo RDP 027918 de 11 de julio de 2017, que enlista las decisiones que históricamente han variado la mesada pensional del procesado, tampoco se demuestra que en algún momento la decisión judicial que se analiza hubiere ameritado el proferimiento de acto dirigido a modificar su mesada pensional u ordenado erogación asociada con la mencionada sentencia, de donde se desprende la ausencia de evidencia que demuestre fehacientemente la esquilación de los recursos del erario en virtud de esta causa laboral.

De otro lado, teniendo en cuenta que se han identificado valores independientes respecto de las reclamaciones que hacen parte de la sindicación criminal, y que en este asunto la suma declarada en sentencia y liquidada en mandamiento de pago de 23 de octubre de 1997, fue de \$29'198.133,13, que para la comentada anualidad equivalía a 169,75 SMLMV, conduce a predicar que, al igual que el primero de los eventos escrutados, se trata de conducta transgresora de la descripción típica de peculado por apropiación simple, al no haberse superado la cuantía de 200 SMLMV.

Por lo anterior, al no reportarse pago por estos eventos y no superar el monto para tenerse como un peculado por apropiación agravado, el señalamiento de la Fiscalía no alcanza el estado de consumación y agravación que inicialmente se planteara en el llamamiento a juicio, y la conducta analizada se consolida como peculado por apropiación simple tentado, que a voces del precepto 27 comporta morigerante al *quantum* de la pena privativa de la libertad al tratarse de delito imperfecto, norma que a su tenor establece:

¹⁵ Cuaderno original 2 de juicio.

“TENTATIVA. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado”.

En consideración a este hallazgo, la pena en que se enmarcaría el actuar del señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE sería la del peculado por apropiación simple tentado que contempla extremos punitivos de 3 a 11 años y 4 meses, de manera que desde la fecha del mandamiento de pago de 23 de octubre de 1997, que se instituye como el último acto promovido por el procesado por intermedio de su apoderado para alcanzar el objetivo de acceder a los recursos de la entidad portuaria, hasta la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación que tuvo lugar el 15 de marzo de 2018, transcurrió un lapso superior a 11 años y 4 meses que se implanta como el extremo superior para el adelantamiento de la acción penal en etapa investigativa, encontrándose prescrita desde el 23 de febrero de 2009.

De lo anterior se desprende, que la sindicación relacionada con el trámite judicial promovido ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla por el señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, se vio afectada por la prescripción en etapa de instrucción y así se declarará en el aparte pertinente de esta decisión acorde al mandato 39 ritual, sin que esta situación sea impedimento para que, de ser necesario, el Juzgado se pronuncie en lo relacionado con el restablecimiento del derecho que subsista respecto de estos acontecimientos, aun cuando del material apercibido a la causa no fue advertida la existencia de decisiones administrativas relacionadas con el acotado trámite judicial.

Habiéndose decantado el anterior tópico, se pasa a detallar el material probatorio aportado al expediente, el cual ubica su punto inicial en la primicia investigativa que se encuentra respaldada en el contenido del oficio GIT-GPSPC-AA-4207 fechado el 12 de octubre de 2010, por medio del cual la Coordinación del Área Administrativa del Grupo Interno de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, dando cumplimiento a la sentencia anticipada proferida en contra del señor LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, remite a la Jefatura de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública copia de la resolución 01935 de 31 de diciembre de 2009¹⁶, para lo correspondiente.

La comentada decisión dispuso dar aplicación a algunos fallos emitidos en sede de consulta por distintas Salas Laborales de Tribunales de también variados Distritos Judiciales del territorio nacional, revocar algunas resoluciones administrativas y ordenar un reintegro así como una

¹⁶ Folios 1 a 15 del c. o. 1 de instrucción.

compensación dineraria relacionada con los fallos judiciales que favorecieron al procesado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE; el primero de los asuntos que la integraban fue el adelantado por el doctor RAFAEL ENRIQUE VILLALBA HODWALKER ante el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla** fallado el 10 de mayo de 1994, en cumplimiento del cual FONCOLPUERTOS emitió la resolución 691 de 08 de julio de 1994¹⁷ que ordenaba el pago en favor del mencionado en cuantía de \$17'040.075,26, incluidos dentro del pago total de \$514'405.040,56 de la nota débito 2671 de 12 de julio de la misma anualidad¹⁸, decisión judicial, que como se ha dicho, fue materia de revocatoria el 11 de agosto de 2004.

Seguidamente, enlista la decisión judicial del **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla** adiada el 22 de marzo de 1995, de la que devino el proferimiento de la resolución 736 de 07 de mayo de 1998¹⁹, que dispuso el pago de \$53'000.000,00 en acatamiento de la anunciada orden judicial, para después ser materia del acta de conciliación 072 de 30 de abril de 1998²⁰ y de los actos administrativos 2070 de 1249 de la misma anualidad²¹, que ordenaron el pago de la cifra pactada mediante bonos de deuda pública TES Clase B, en favor del togado RAFAEL ENRIQUE VILLALBA HODWALKER; sentencia que en sede de consulta fue revocada mediante proveído de 17 de marzo de 2004.

En torno de las dos referidas reclamaciones judiciales, de las sentencias que de ellas se derivaron y las obligaciones que impactaban la mesada pensional en favor del demandante, la entidad emisora del acto administrativo destacó que en lo que se refiere al incremento pensional fueron atendidas conjuntamente mediante resolución 423 de 21 de febrero de 1996²², en la que se implantó la percepción en \$685.304,00 al acrecentarla en \$118.047,49 acatando las providencias judiciales acabadas de identificar; acto administrativo del que se menciona, fue objeto de revocatoria directa con resolución 480 de 2009.

De otro lado, la decisión administrativa relaciona aquella causa ordinaria adelantada por el procesado mediante apoderado judicial ante el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla**, decidida con proveído de 17 de septiembre de 1997, respecto del que se describieron los montos de las condenas y los conceptos que las motivaron, sin que se hiciera mención expresa del acto administrativo que dispuso el pago de las sumas sancionadas; sentencia que posteriormente fue revocada en consulta con decisión de 14 de diciembre de 2001, asunto que acorde a

¹⁷ Folios 28 a 31 del c. o. 1 de instrucción.

¹⁸ Folios 56 a 58 del c. o. 1 de instrucción.

¹⁹ Folios 32 y 33 del c. o. 1 de instrucción.

²⁰ Folios 34 a 42 del c. o. 1 de instrucción.

²¹ Folios 49 a 55 del c. o. 1 de instrucción.

²² Folios 25 a 27 del c. o. 1 de instrucción.

lo concretado en precedencia, fue afectado con el fenómeno prescriptivo.

Dentro de las probanzas agrupadas en instrucción yace copia de la parte pertinente del acta de conciliación 072 de 30 de abril de 1998, en la que el togado RAFAEL ENRIQUE VILLALBA HODWALKER acude en representación de un grupo de beneficiarios pensionales a pactar el pago de sentencias y mandamientos de pago proferidos por diferentes Estrados Judiciales Laborales, dentro de los que se encuentra el aquí investigado como destinatario del pago de la sentencia del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla de 22 de marzo de 1995, en cuantía de \$53'000.000,00; acto al que le sucede copia parcial de la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998, con la que se dispone el pago de la obligación mediante bonos de deuda pública TES Clase B.

Igualmente fueron apearadas copias de algunas de las actuaciones y decisiones judiciales de primera y segunda instancia relacionadas con los tres trámites procesales que hacen parte del fondo del llamamiento a juicio. A folios 129 y 130 reposan copias de los documentos de preparación del documento de identificación del procesado.

Con oficio aportado a las diligencias el 28 de octubre de 2013²³, el Subdirector de Nómina de Pensionados de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante UGPP) aportó la información de los pagos efectuados al procesado en virtud de las providencias judiciales emitidas por los diversos Juzgados de Barranquilla, en donde se aprecia como hecho singular la información de que una decisión del Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, al parecer había sido atendida con la resolución 2208 de 25 de octubre de 1995, en monto de \$5'000.000,00, aspecto que descarta que se trate de la investigada y juzgada en el presente asunto, ya que aquella fue dictada con posterioridad el 17 de septiembre de 1997, mucho después de la mencionada.

Con oficio arrimado a las diligencias el 05 de diciembre de 2013, la UGPP informa, por intermedio de la Subdirección de Nómina de Pensionados, que no se hallan reportes de que el procesado hubiere efectuado reintegro de dineros relacionados con los hechos investigados de conformidad con la orden emanada de la decisión administrativa 01935 de 31 de diciembre de 2009.

El reporte de antecedentes del señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE revela que no se adelantaban investigaciones criminales en su contra mientras el presente asunto se hallaba en etapa sumarial²⁴. Por su parte, la UGPP

²³ Folios 135 a 137 c. o. 1 de instrucción.

²⁴ Folios 164 y 176 c. o. 1 de instrucción y 43 a 46 c. o. de juicio.

informó a las diligencias mediante oficio de 26 de junio de 2014²⁵, que el establecimiento de las sumas que afectaron los recursos públicos se encontraba detallada en el estudio contable ASNP 1043 de 25 de septiembre de 2008.

En etapa de juicio fueron recaudados documentos relacionados con el perfil patrimonial del procesado, así como reproducción del expediente que se agotara ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla²⁶, objeto de la presente causa.

Asimismo, fue apercibida la copia de la hoja de vida pensional del señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE que remitiera la UGPP en 243 folios²⁷, la cual da cuenta de los pormenores de la relación laboral del procesado, actos administrativos emitidos por su otrora empleadora en vigencia del vínculo laboral, detalle de los pagos efectuados en su favor, así como de las decisiones judiciales proferidas con posterioridad al retiro y las administrativas que se asociaban a éstas.

Mediante oficio 929-18 arribado a la causa el 08 de agosto de 2018²⁸, se aportaron copias del expediente adelantado en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla por el procesado por intermedio del abogado RAFAEL VILLALBA HODWALKER, contentivo en 3 cuadernos con 200, 44 y 12 folios. En la data siguiente, arribó copia de la hoja de vida laboral que guardaba en sus archivos el Ministerio de Salud en 79 folios.

En torno de las reclamaciones judiciales promovidas por el encausado, se aportó la correspondiente al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla mediante oficio 805-2018 adiado el 14 de agosto de 2018 el que le fueron adjuntados tres cuadernos con 124, 78 y 13 folios, y que en sus inicios fue provocado por el togado RAFAEL VILLALBA HODWALKER²⁹.

Frente al estado de salud del procesado, su representante defensivo adujo a la causa copia de la historia clínica en la que se aprecian datos relacionados con los procedimientos médicos que se le han practicado al señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE entre los años 2017 y 2018.

Seguidamente, obra estudio grafológico rendido por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, en el que a partir de la firma del procesado se tiene como objeto establecer si las rubricas implantadas en el poder aportado dentro del expediente del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla son uniprocedentes con la del mencionado, ante la manifestación de éste en el sentido de que no

²⁵ Folios 165 a 175 c. o. 1 de instrucción.

²⁶ Folios 56 a 183 c. o. 1 de juicio.

²⁷ Cuaderno original 2 de juicio.

²⁸ Folios 16 a 278 c. o. 3 de juicio.

²⁹ Folios 79 a 304 c. o. 4 de juicio.

entregó mandato distinto que el del abogado RAFAEL VILLALBA HODWALKER; examen que al no haberse podido recaudar muestras manuscritoras coetáneas a la de la fecha de la presunta suscripción del poder en favor del abogado ANGEL RODRÍGUEZ VILLANUEVA, no pudo arribar a una conclusión plausible frente al origen de la rúbrica yacente en el antedicho documento.

Con fundamento en el material probatorio aducido a la causa, así como en lo trazado en el pliego de cargos respecto de los eventos que no fueron afectados con prescripción, el Despacho examinará si en el presente caso es predicable la estructuración del comportamiento delictivo por el cual se formula el reproche en contra del letrado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, para lo cual se precisa realizar el examen de procedencia de los renglones que dieron lugar a las providencias judiciales y actos administrativos que de éstas se desprendieron, con la consecuente erogación de los dineros del tesoro público en las cuantías identificadas en curso del diligenciamiento.

Las pretensiones planteadas en la demanda³⁰ por el togado RAFAEL VILLALBA HODWALKER, y por el procesado de forma personal en el agotamiento de la vía gubernativa ante su otrora empleadora, tal como fue acreditado en el decurso de la causa laboral, relacionadas con el asunto del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, remiten a la solicitud de reliquidación de las primas de antigüedad y servicios proporcionales, de las cesantías definitivas al no haberse tenido en cuenta los renglones inicialmente mencionados e imposición de sanción moratoria; estos ruegos fueron atendidos con decisión de 10 de mayo de 1994 en el sentido de ampararlos al encontrarse un presunta deficiencia en la estimación de los montos que por las percepciones reclamadas se debían pagar, sin que el Juzgado en su decisión desglosara expresamente el origen de los comentados faltantes, a los que se agregó la orden de reamortización de la mesada pensional y el pago de salarios moratorios.

Dicha providencia dio lugar a la emisión del mandamiento de pago de 24 de mayo siguiente, en el que se estableció la obligación en monto de \$17'040.075,26.

Posteriormente, al agotarse el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Tunja con la emisión de la sentencia de 11 de agosto de 2004, se dispuso la revocatoria de la decisión revisada al advertirse que el monto de la prima de antigüedad proporcional tasada por la empresa al finalizar el vínculo laboral con el señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE se ajustaba a los parámetros normativos y particularidades circunstanciales que

³⁰ Folios 82 a 84 c. o. 4 de juicio.

orientaban su tasación; situación de la que se desprendía la improcedencia de las demás sanciones declaradas en la comentada providencia.

De estos aspectos se deriva que las pretensiones, desde su planteamiento en la demanda, estuvieron cimentadas en manifestaciones alejadas de la realidad, comoquiera que, acorde a los estructurados razonamientos a los que arribó esa H. Colegiatura en su proveído, la empresa portuaria había agrupado en debida forma los conceptos a pagar a su exoperario y las aspiraciones del procesado y su representante judicial adolecían de cualquier amparo en fáctico o normativo.

Como elemento que afianza la postura de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja, se tiene el contenido de las resoluciones 046302 de 04 de diciembre de 1992 y 046616 de 18 de enero de 1993, obrantes dentro de los anexos de la demanda, que en su orden dispusieron el pago de prestaciones sociales y reconocimiento de la pensión de jubilación proporcional en favor del señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, en las que claramente se encuentran enlistados los renglones de sueldos, domingos y feriados, salario garantía, bonificación, salario por incapacidad, desgaste físico, recargo de 20%, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad proporcional 8,96, prima de servicios proporcional, manejo carbón, subsidio refrigerio, vacaciones en tiempo, prima de servicios de 1 de junio a 22 de noviembre de 1992, lo que permite corroborar que la totalidad de las percepciones que conformaban el devengado del último año laborado con incidencia en las prestaciones sociales y establecimiento de la base salarial con miras a fijar el importe de la mesada pensional se hallaban debidamente integradas.

En esta medida, se encuentra demostrado que a partir de la demanda que iniciara el procesado por intermedio del doctor VILLABA HODWALKER se arribó al reconocimiento y pago de sumas dinerarias del erario sin que hubiere respaldo en derecho para ello, atendiendo que la empresa cubrió oportunamente estos rubros al momento en que se concretó el retiro del señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE. Luego, se encuentra objetivamente consolidada la conducta peculadora sindicada por la agencia persecutora en el pliego de cargos, al haberse dispuesto su pago indebido mediante decisión administrativa 691 de 08 de julio de 1994, que en suma a los incrementos aplicados a la mesada hasta cuando perduraron los efectos jurídicos y económicos de esta decisión judicial constituyen la lesión a los recursos públicos.

De otro lado, en lo que se relaciona con la reclamación judicial adelantada ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, al que acudiera representado nuevamente por el doctor RAFAEL VILLALBA HODWALKER, se aprecia que el fondo de las pretensiones de

reliquidación del auxilio de cesantías y demás percepciones tasadas el culmen de la relación laboral estuvo ensalzado por la presunta insuficiencia en la apreciación del tiempo efectivamente laborado por su mandante, así como en el hecho de que para efectos de establecer el monto de las primas de servicios de 1989 a 1992 de los dos semestres de cada anualidad, no se tuvo en cuenta como factor salarial con incidencia en su liquidación la prima percibida en el periodo anterior, todo esto en concordancia con la reclamación que por vía administrativa realizara de manera personal el procesado³¹.

Como consecuencia de la inobservancia de estos pagos, acorde a lo argumentado en la demanda, se debían reamortizar las prestaciones sociales del señor HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, reajustar la mesada pensional y sancionar, nuevamente, con el pago de salarios moratorios, pese a que en el trámite analizado en párrafos precedentes también fue deprecada la imposición de la misma sanción.

Las aspiraciones fueron atendidas de manera favorable a los intereses de la parte actora con providencia de 22 de marzo de 1995, menos de un año después de haber alcanzado la del Juzgado Primero de la misma especialidad, en el sentido de resguardarlas y condenar a la empresa al pago de diferencias de prima de antigüedad proporcional, diferencias en las primas de servicios del segundo semestre de 1991, primero y segundo semestre de 1992, diferencia de prima proporcional, de cesantías, reajuste de la mesada pensional e imposición de pago por salarios moratorios; condena de la que devino el proferimiento del mandamiento de pago de 18 de mayo siguiente y el posterior pago en virtud de la resolución 2070 de 20 de mayo 1998, en la forma previamente identificada.

La consulta que acometiera la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fue definida en providencia adiada el 17 de marzo de 2004, en el sentido de revocar la sentencia de primer grado al apreciarse deficiencias en requisitos formales del ejemplar de la CCT aportada a la causa laboral que impedían valorarla como documento que demostraba el indefectible amparo de su contenido en favor del demandante.

No empece no haberse acometido el análisis de fondo de las pretensiones por ese H. Juez Plural en dicha revisión oficiosa, se precisa que el reclamo de inclusión de los días descontados por la empresa, que en el caso que se examina atañen a aquellos en que tuvo lugar cese de actividades por huelga, carecen de asidero normativo para ser reconocidos, pues se trataba de un irregular reclamo del que toma nota la normatividad que gobierna las relaciones laborales en el sector público

³¹ Folio 21 c. o. 3 de juicio, agotamiento de la vía gubernativa.

y que son paralelas a las que imperan en el privado, específicamente en las disposiciones del artículo 44 numerales 4 y 8 del decreto 2127 de 1945, y el precepto 46 de la misma legislación, así como en el canon 51 numerales 4 y 7, y 53 del CST, los cuales en su contenido establecieron que:

“ARTICULO 44. El contrato de trabajo se suspende:

(...)

4o. Por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador, o por suspensión disciplinaria;

(...)

8o. Por huelga lícita declarada con sujeción a las normas de la ley”.

ARTICULO 46. La suspensión de los contratos de trabajo no implica su extinción. Salvo convención en contrario, durante el período correspondiente se suspende para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido y para el patrono la de pagar los salarios de ese lapso y la de asumir los riesgos que sobrevengan durante la suspensión, excepto el pago del seguro de vida y el auxilio funerario, a que haya lugar de acuerdo con la ley, y las prestaciones e indemnizaciones correspondientes a enfermedades o accidentes que hayan originado la suspensión. El tiempo durante el cual esté suspendido el contrato de trabajo, podrá ser descontado por el patrono del cómputo de los períodos necesarios para ciertas prestaciones, como vacaciones, auxilios de cesantía y pensiones de jubilación, pero no hará perder el derecho a tales prestaciones.

De otro lado el decreto 1647 de 1967 en sus reglas 1 y 2 indicó:

Artículo 1 Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal.

Artículo 2 Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

De lo precisado se desprende que el empleador está facultado legalmente para deducir del tiempo de servicios del acto lo correspondiente a los eventos descritos como causales por la Ley, y por lógica dicho tiempo no puede ser tenido en cuenta como efectivamente laborado para efectos prestacionales. Asimismo, la suspensión del contrato de trabajo implica, por un lado, que el trabajador no está obligado a prestar el servicio personal, y, por el otro, que el patrono no está forzado a cancelar los salarios.

Por esta vía el empleador no se halla conminado a pagar salarios o conceptos en los eventos de huelga, aun cuando la misma fuere lícita, según la normativa acabada de transcribir, ni mucho menos si la

suspensión colectiva del trabajo es declarada ilegal, de modo que el descuento efectuado por días de huelga encuentra justificación en la anunciada decisión, por no existir causa que sustente la falta al trabajo.

También ha de apreciarse que los pagos realizados a los empleados públicos y trabajadores oficiales deben responder únicamente a los servicios efectivamente rendidos, estando el empleador en la obligación de ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente autorización legal, más aun cuando se trata de empresas estatales que deben prestar un servicio público de manera constante, resultando ajustado a derecho que el servicio no prestado no deba ser pagado.

Adicionalmente, si bien es cierto las faltas al trabajo no están consagradas en las mentadas causales de suspensión del contrato de trabajo, no menos lo es que hay circunstancias que interrumpen la prestación de los servicios, que implican solución de continuidad, y, por tanto, pueden ser descontadas para el cómputo, en este caso, de las cesantías, toda vez que esta se concede a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios prestados en forma continua o discontinua.

No media hesitación para el Estrado que reliquidar las prestaciones sociales, la pensión de jubilación y ordenar cancelar salarios moratorios con sustento en la inclusión de días no laborados por huelga comporta el reconocimiento de dineros sin ningún soporte y fundamentación jurídica, e implica un detrimento patrimonial injustificado para las arcas estatales.

Por otra parte en lo que se relaciona con la reliquidación de las primas semestrales teniendo en cuenta lo devengado en el periodo anterior por el mismo concepto, fue una irregular forma de defraudar los recursos públicos bajo la modalidad de la “*prima sobre prima*” que atañe a un término derivado del uso de los abogados, trabajadores y funcionarios de la extinta Puertos de Colombia, y que se refiere a la forma de liquidar las dos primas semestrales a las que tenían derecho los exportuarios en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo (CCT) vigente, consistente en liquidar la prima de junio incluyendo el valor de la prima de diciembre, y al hacer lo propio con la prima de diciembre se incorporaba el valor de la prima de junio.

La prestación social denominada prima de servicios se encuentra regulada en los artículos 306, 307 y 308 del CST, que prescriben:

“ARTICULO 306. PRINCIPIO GENERAL.

1. Toda empresa de carácter permanente está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, así:

a). Las de capital de doscientos mil pesos (\$200.000) o superior, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el

Último día de junio y otra quincena en los primeros veinte días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa, y (...)

2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior.

ARTICULO 307. CARÁCTER JURÍDICO. La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso.

ARTICULO 308. PRIMAS CONVENCIONALES Y REGLAMENTARIAS. Las empresas que por pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o reglamentos de trabajos estén obligadas a conocer a sus trabajadores primas anuales o primas de navidad, tendrán derecho a que el valor de estas primas, se impute a la obligación de que trata el presente capítulo, pero si la prima de servicios fuere mayor deberán pagar el complemento".

La CCT que rigió entre 1989-1990 y 1991–1993 para los trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia de las Terminales Marítimos de Cartagena, Barranquilla y la oficina de conservación de obras de Bocas de Ceniza, estableció:

"ARTICULO 102. Se pagará a todos los trabajadores sin excepción, dos (2) primas en el año, consistentes cada una en un mes de salario promedio, así:

La primera prima equivalente a un (1) mes de salario promedio en los primeros quince (15) días del mes de junio de cada año, y la segunda equivalente a un (1) mes de salario promedio en los primeros quince (15) del mes de diciembre de cada año.

La prima de junio se liquidará y pagará con base en lo devengado por el respectivo trabajador durante el lapso comprendido entre el 1 de diciembre y el 31 de mayo de cada año.

La prima de diciembre se liquidará y pagará con base en los salarios devengados entre el 1 de junio y el 30 de noviembre de cada año".

De tal claridad normativa emerge que la liquidación de las primas de servicios se efectúa con fundamento en el salario devengado por el trabajador en el respectivo período, mas no por lo causado o recibido en períodos anteriores, situación que hace inviable en derecho tener en cuenta la prima liquidada o pagada para un lapso antecedente, como base salarial para calcular con otros rubros del segmento siguiente.

Así, la prima de junio corresponde al período que va del 1 de diciembre a 31 de mayo; y la prima de diciembre, al lapso del 1 de junio al 30 de noviembre. Por ende, lo devengado en el primer período, no debe ser tenido en cuenta para liquidar lo referente al segundo.

En este orden, no tiene asidero legal ni convencional la interpretación que sostiene que al liquidar la prima de junio debía tomarse, con los otros rubros, el valor de la prima de diciembre, misma hermenéutica utilizada para la liquidación de la prima de diciembre, y que aviene inadmisibles en derecho, mucho más cuando se observa que el mismo canon 102 de la CCT precitada hace referencia a que se liquidarán y pagarán las primas con base en los salarios devengados en dichos períodos.

En este punto, es aplicable la decisión emitida el 12 de marzo de 2002, en el radicado 17387, con ponencia del H. M. Dr. Germán Valdés Sánchez, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que precisó la diferencia que existe entre el concepto de percibir y devengar, y en donde, en criterio de esa Alta Corporación, si bien la prima de servicios pudo haberla recibido el trabajador en el semestre siguiente y correspondiente al período de la otra prima, ello no significa que se convierta en factor salarial para tasar la prima correspondiente al otro lapso, ya que el derecho fue adquirido en el período anterior. En efecto, dicha Alta Corporación señaló: *“Como significado de dichos vocablos el Diccionario de la Lengua Española, a la letra, dice: ‘percibir (del lat. Percipere.) tr. Recibir una cosa y entregarse de ella. PERCIBIR el dinero, la renta. 2. Recibir por uno de los sentidos las especies o impresiones del objeto. 3. Comprender o conocer una cosa.’ ‘devengar. (De de y el lat. vindicare, atribuirse, apropiarse.) tr. Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. DEVENGAR salarios, costas, intereses”*.

Esa misma Colegiatura en fallo adoptado el 25 de mayo de 2005, dentro del caso 24520 atinente a FONCOLPUERTOS, siendo ponente el H. M. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, ratificó lo expresado al sostener:

“En efecto, se pidió el reajuste de la prima de servicios de diciembre de 1991 por haberse dejado de apreciar en su estribo de liquidación la suma de \$49.472,02, pagada en la segunda quincena del mes de agosto de 1991 por concepto de retroactivo de prima de servicios.

Conforme al artículo 102 de la convención colectiva arimada a los autos, los trabajadores de la desaparecida Empresa Puertos de Colombia tenían derecho a dos primas en el año, equivalente cada una a un mes de salario promedio, pagaderas la primera en los primeros quince días del mes de junio y la segunda, en los primeros quince días de diciembre. La prima de junio, disponía el texto convencional, se liquidaba con fundamento en lo devengado por el empleado durante el lapso comprendido del 1º de diciembre al 31 de mayo.

(...)

De asumirse -por simple lógica y por registrarlo así el a quo- que esa plataforma la constituía lo devengado por el trabajador del 1º de junio al 30 de noviembre de 1991 en el caso de autos, se exhibe evidente que el

retroactivo de la prima de servicios satisfecha en agosto de 1991 no debía colacionarse al no haberse devengado en el referido período, como que se trataba de un derecho que se causó por labores realizadas del 1° de diciembre de 1990 al 31 de mayo de 1991”.

Carece de sentido que una prima de servicios que tiene el carácter de semestral afecte a la que habrá de pagarse en el próximo, y así sucesivamente por el solo hecho de cancelarse dentro del período de la otra prima. Arribar a esa conclusión llevaría al absurdo de que la reliquidación de una, llevaría al reajuste de la otra, que a la vez generaría otra reliquidación, la cual a su turno causaría lo propio y ésta haría lo mismo indefinidamente, incrementando injustificadamente el valor a cancelar y generando así detrimento patrimonial para el Estado.

Entonces, fue ilegal tomar como devengado en la liquidación de la prima referida el valor de la prima del lapso anterior, ya que no fue causada como salario en ese período, y no debía ser tenida en cuenta al momento de la liquidación de dicha prestación social.

Además, resulta inadmisibles y contrario a cualquier sana lógica que tal reconocimiento, se tenga en cuenta para liquidar el monto de otras prestaciones causadas de manera concomitante, por cuanto dicha tesis en la práctica, conllevaría a una cadena infinita de liquidaciones de tales emolumentos.

En este orden de ideas, no ofrece duda que era ilegal disponer incrementos derivados de la desatinada forma como se pretendió liquidar la prima semestral con base en el artículo 102 convencional en la aludida sentencia, mismas suerte que afecta las decisiones administrativas que dispusieron su pago, pues no era conforme a derecho derivar reajustes o diferencias en otros conceptos, acogimiento de diferencias en las mesadas pensionales y/o indemnización moratoria a partir de esta irregular condena, pues se trata de concepto inexistente que transgrede los parámetros convencionales y legales previamente citados, erigiéndose el cimiento de la providencia analizada como ilícito y consolidador de lesión al erario.

A lo discutido se suman los pagos por concepto de indemnización moratoria que fueron acogidos en las dos decisiones escrutadas, la cual está regulada en el inciso 1° original del precepto 65 del CST que indica:

“INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. 1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo”.

Acerca de la indemnización moratoria en razón de las Convenciones Colectivas suscritas por COLPUERTOS, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado:

“(…)

1.2 La indemnización moratoria constituye un derecho incierto y discutible y, por ende, es susceptible de conciliación. La consulta se refiere de manera general a la conciliación de derechos laborales no ciertos y renunciables, pero menciona específicamente la indemnización moratoria, entendida tradicionalmente como aquella a cargo del empleador que, al terminar el contrato de trabajo, no paga los salarios y prestaciones debidos o no hace practicar al trabajador el examen médico de retiro, y que consiste en una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, se ha considerado que esta clase de indemnización se encuentra consagrada de manera implícita, en el parágrafo 2° del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, subrogado por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, ya que tal norma establece un plazo de noventa (90) días, a partir de la fecha de retiro del trabajador, para efectuar la liquidación y pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, término durante el cual el contrato de trabajo se considerará “suspendido” y si se vence, sin que se hubieran satisfecho las obligaciones laborales, el contrato “recobrará su vigencia”, con lo cual se causará nuevamente el salario.

Es de señalar que en el caso de la Empresa Puertos de Colombia, según se indica en la consulta “Todas las convenciones colectivas suscritas entre Puertos de Colombia y sus ex trabajadores consagran la indemnización moratoria, si las prestaciones no han sido pagadas dentro de los primeros setenta (70) días para el caso de Santa Marta y los restantes dentro de los primeros treinta (30) días”.

La indemnización moratoria, también llamada sanción por falta de pago o “salarios caídos”, constituye un derecho que no es cierto e irrenunciable para el trabajador, por cuanto el hecho que la genera puede ser objeto de controversia y discusión, dado que tal indemnización puede presentarse cuando el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones no se hace dentro de la oportunidad que señala la ley o la convención colectiva, o cuando el pago no comprende a todos y cada uno de los conceptos salariales o prestaciones debidos, legales y extralegales o convencionales, o no se liquidan como debe ser y, en caso de retenciones o deducciones de salarios o prestaciones no autorizadas por el trabajador o la ley, o cuando el empleador no entregó al trabajador la carta para el examen médico de retiro. Todas estas situaciones deben ser demostradas, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción de la prueba, lo que hace que la indemnización moratoria no sea, por sí misma, un derecho cierto e irrenunciable del trabajador y por lo tanto, sobre ella y su cuantía es dable efectuar una conciliación.

Además, la jurisprudencia laboral ha establecido que si el empleador demuestra haber acusado de buena fe, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria. Por tanto, esta circunstancia puede válidamente alegarse y discutirse en el caso concreto y de ser probada, enerva la reclamación o la pretensión de la indemnización moratoria.

La Corte Suprema de Justicia expresó sobre este particular lo siguiente, en sentencia de mayo 30 de 1994: "Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria, pues de acuerdo con lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, el contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo introduce una excepción al principio general de la buena fe, al consagrar la presunción de mala fe del empleador que a la finalización del contrato omite pagar a su ex trabajador los salarios y prestaciones que adeude"³².

Es así como cuando el empleador no paga los salarios o prestaciones debidos producto de la terminación del contrato de trabajo o no entrega el certificado médico de retiro a la finalización del mismo, como ejemplo de una de las referidas causales, dentro del término estipulado en la norma, sin desvirtuar la mala fe, se genera la sanción para el patrono de un día de salario por cada día de retardo, de suerte que el no reconocimiento oportuno de la pensión no se puede entender como producto de la terminación del contrato de trabajo para efectos de ordenar el pago de la indemnización moratoria.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha establecido que tal pretensión no procede automáticamente, ya que es necesario determinar si el empleador actuó o no de mala fe. Al respecto ha indicado: *"La jurisprudencia de la Sala ha aceptado (...) que la aplicación automática de las normas que consagran salarios moratorios (C.S.T., art. 65 y D. 797 de 1949, art. 1) equivale a una interpretación equivocada de dichas normas, por cuanto no tienen en cuenta el elemento de buena o mala fe en la conducta del patrono incumplido o moroso"*³³. Es así como para que se genere indemnización por ese motivo, se requiere de un proceso judicial basado en pruebas claras para valorar la mala o buena fe del empleador, lo cual también se puede predicar de la entrega del certificado médico a la terminación del contrato de trabajo.

³² Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 19 de septiembre de 1996, numero de radicarón 878, Consejero Ponente CESAR HOYOS SALAZAR.

³³ Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Laboral, Sentencia 2 de diciembre de 1992 y 20 de mayo de 1992

También vale subrayar que el salario pese a estar compuesto por múltiples factores, constituye un único concepto y, por consiguiente, la sanción por mora no puede proceder, como en el presente asunto, por cada uno de los factores que integran el salario, con lo cual es evidente que en caso de quedar insoluto un factor salarial diferente al reclamado, el empleador queda liberado de la sanción moratoria en eventos posteriores, según lo señalado en el artículo 1625 inciso 1 del Código Civil, entendiéndose extinguida la obligación por la solución efectiva de pago.

Entonces, los reconocimientos de la indemnización moratoria alcanzados en las antedichas sentencias de los Juzgados Primero y Séptimo Laborales del Circuito de Barranquilla, aquí analizados, con las conocidas decisiones que dispusieron el pago de las sumas en ellas contenidas se efectuaron bajo criterios contrarios a la Ley, generando una apropiación indebida de recursos estatales en flagrante desconocimiento de la normativa legal y convencional que señalaba que la sanción por mora no puede proceder de forma automática ni por cada uno de los factores que integran el salario, debiendo mediar para ello decisión judicial y mala fe comprobada en el impago atribuible al empleador respecto de los conceptos que se alegaren desconocidos, máxime cuando ésta sanción formulada como pretensión secundaria debe correr la misma suerte de las principales (reliquidaciones de prestaciones sociales), las cuales no eran procedentes por irregulares como arriba se dejó sentado.

Los ítems hasta aquí analizados, que instituyeron los pilares de las demandas judiciales generadoras de los irregulares pagos gestionados por el procesado, huelgan concluir que al encontrarse las pretensiones principales de las demandas inspiradas en derechos inexistentes o que aun contando con consagración normativa no había lugar a su reclamo por encontrarse probado que fueron adecuadamente graduados por la empresa portuaria en el momento propicio, enfilan el examen al irrefutable hecho de que los ajustes que se ordenaron a las prestaciones sociales de quienes acudieron por intermedio del procesado al amparo de sus derechos presuntamente conculcados y el reajuste de las mesadas pensionales, en los eventos que así se dio, se hallan respaldados por argumentos ilícitos que hacen que su declaratoria se torne igualmente irregular.

Escrutadas discriminadamente las reclamaciones que conforman el señalamiento criminal propuesto por la Fiscalía y consolidadas las irregularidades referidas, analizará si además de contrariar los parámetros convencionales, también transgreden la normativa penal 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.

Versa sobre 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”*³⁴.

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”*³⁵. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo³⁶. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSE CANCINO sostiene que dicho elemento subjetivo *“(…) indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca*

³⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

³⁵ PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal: partes general y especial. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

³⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

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 (...)"³⁷.

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. Suprema de Justicia en sentencia del 17 de agosto de 1989, siendo ponente el H. M. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, al manifestar:

"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 servidos, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer"³⁸. 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

³⁷ CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

³⁸ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

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"³⁹.

Conforme a lo reseñado en el asunto bajo examen, el actuar del procesado dirigido a alcanzar los reconocimientos pecuniarios antedichos valiéndose de las comentadas reclamaciones judiciales, representan cifras dinerarias que, en cuanto bien, se dieron con cargo al Tesoro Público y, por tanto, los comportamientos se ajustan objetiva y materialmente al tipo penal establecido en el artículo original 397 incisos 1° y 2° del CP, esto es, peculado por apropiación en las modalidades identificadas, como con toda claridad emerge del pliego de cargos, con las aclaraciones que a lo largo de este proveído se han efectuado en cuanto a la diversidad de conductas, de las cuantías apropiadas en cada evento individualizado y de las pruebas obrantes en el plenario, lo cual ha sido refutado de forma inane por la defensa, pretendiendo restar entidad a los señalamientos de la persecutora y demeritar la responsabilidad de su prohijado, aduciendo insustancialmente que las reclamaciones que éste adelantara encontraban consagración convencional que con frecuencia desconocía de forma intencionada la agencia persecutora y que la decisión de acometer los trámites judiciales se hallaba supeditada a la asesoría ofrecida por el abogado que lo representó en los dos procesos.

Los comportamientos identificados a lo largo de esta providencia son atentatorios contra la administración pública en lo que atañe a los rubros pecuniarios, y conculcatorios de la misma en lo relativo a la probidad debida de sus funcionarios, pues a partir de las deshonestas intenciones del procesado y su abogado se concretó la materialización de actuaciones y el proferimiento de decisiones que contrarían el correcto desenvolvimiento de la función pública, ya que, como se ha detallado a lo largo de esta decisión, los rubros respecto de los que se alcanzó erogación con cargo a los recursos Estatales se cimentaron en irregulares interpretaciones de las normas convencionales y legales, y en el pago de presuntos adeudos que habían sido debida y previamente atendidos por la entidad portuaria, de donde emerge su efectiva antijuridicidad formal y material, ya que además de contrariar los parámetros normativos que gobernaban las relaciones laborales de la empresa portuaria con sus otrora operarios así como la normatividad penal, impactó de manera efectiva y de forma negativa en los recursos de la Nación que para entonces administraba el fondo liquidador de Colpuertos junto a la debida y legal atención de los servidores públicos competentes o de quienes se les asimilaban, quienes finalmente obraron desquiciando la Ley.

³⁹ *Ibidem* pág. 97

De las precisiones y valoraciones efectuadas se ultima que las conductas reseñadas, examinadas en torno de los conceptos y cuantías que en cada caso cimentaron las causas laborales, revelan la existencia de eventos jurídicamente relevantes con entidad conculcatoria a la descripción típica contenida en los preceptos sustantivos que enuncian el reato de peculado por apropiación simple y agravado consumado, advirtiéndose además el impacto que de estos eventos se derivó en menoscabo efectivo de las arcas públicas, con lo que se tiene establecido el conjunto de circunstancias que, detectados y decantados los elementos objetivos del reproche criminal, serán objeto de estudio de cara al componente volitivo endilgable al procesado.

Por lo dicho, el Despacho emprenderá ahora la exploración de la probable responsabilidad del señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE en la comisión de las conductas reprochadas, inspección que se enfilará a corroborar el posible conocimiento que respecto de la improcedencia de los ruegos ostentaba el llamado a juicio criminal, si éste pudo haberse dado desde los albores de las reclamaciones o con posterioridad cuando se puso en marcha el aparato judicial y administrativo para acceder a sus aspiraciones; y si estuvo en posibilidad y oportunidad de declinarlas.

Dentro de los derroteros que necesariamente integran el presente examen se encuentra aquel que remite a las calidades personales del procesado, quien se desempeñó a órdenes de la empresa portuaria por más de 16 años en el cargo de estibador, designación que si bien no le asigna un conocimiento específico de las normas convencionales que regentaban las actividades laborales, el hecho de percibir un salario quincenal al que se le aplicaban los aumentos y recargos derivados de su especial labor en el puerto lo hacen conocedor de detalles especiales de los factores entregados periódicamente y de que los componentes de su base de liquidación de prestaciones sociales y mesada pensional se ajustaban a lo devengado en el último año laborado, luego resulta injustificado que teniendo conocimiento de estos aspectos pretenda acometer diversos reclamos por vía judicial escudado en la asesoría que le ofreciera el togado VILLALBA HODWALKER.

Si bien la orientación del profesional que lo representó pudo haberse dado anticipadamente a las reclamaciones sindicadas, considera el Juzgado que de este evento no se desprende ausencia de responsabilidad que lo ampare, pues, por el contrario, emerge notorio que previo a iniciar los trámites judiciales efectuó de forma personal solicitud de reconocimiento de los rubros por vía gubernativa en los dos procesos que por intermedio de este togado adelantó, y aunque recuerde haber librado un sólo mandato y pretenda difuminar su compromiso desde la presunta ajenidad en el otorgamiento de varios

poderes, los mismos ruegos contenidos en las reclamaciones administrativas después pasaron a integrar las pretensiones en las acciones judiciales, ubicándolo en una posición de conocedor del trasfondo de las aspiraciones y de la ausencia de amparo normativo que las acompañaban.

El procesado, aun estando al tanto de los irregulares conceptos que integraban las reclamaciones administrativas y judiciales, dio curso a los actos que estaban bajo su dominio para acceder a los pagos que se le imputan, respecto de los que afirma en su defensa desconocer; posición que ante la irrefutable circunstancia de haber sido reclamados ante la entidad portuaria de forma personal, le resta cualquier asomo de entidad justificante que pueda ser valorable en su favor.

La argumentación que se enfila a asignar mérito exculpatorio a su precaria formación académica en la consecución de las resultas criminales que se le enrostran, así como el hecho de haber actuado prevalido de la buena fe y la confianza que le generaba el concepto del profesional del derecho, adolecen de solidez para los fines perseguidos tanto por el procesado como por su defensor técnico, comoquiera que contrario a esta postulación, el material probatorio yacente en los trámites judiciales por él promovidos demuestran que estaba al tanto de la identificación de los conceptos a reclamar, que al ser revisados desprevenidamente frente al contenido de las resoluciones que le otorgaron el pago de prestaciones sociales y mesada pensional, revelan la improcedencia de los mismos al hallarse dentro de aquellos renglones que integraban la base de amortización de las acotadas percepciones dinerarias.

Las calidades personales del procesado, al margen de la poca formación ilustrada con la que cuenta, no son el irrefutable indicador de que se trata de persona que tenga un entendimiento limitado de sus actos, que hubiere estado sometido a ciega obediencia al consejo de su abogado, que se encuentre en incapacidad de arribar a conclusiones a partir de, por ejemplo, el concepto que le hubiere podido ofrecer el profesional que lo representó en los asuntos materia de juicio o de la lectura de los documentos que firmó en aquel contexto, pues por el contrario, lo que se advierte es su lucidez al momento de informar detalles de su paso por la empresa portuaria, de aspectos relacionados con el mandato por él otorgado al doctor VILLALBA HODWALKER, o de las sumas que para entonces se le habían descontado de su mesada pensional en virtud de las revocatorias ordenadas en consulta, particularidades que denotan que se trata de una persona en pleno uso de sus facultades y razonabilidad de sus actos, que ha querido mostrarse desconocedor de los pormenores de los eventos que hacen parte del presente juicio.

El conjunto de elementos yacentes en el comportamiento del procesado conducen a afirmar que desde los albores de los trámites estaba al tanto de los renglones que integraron las ambiciones administrativas y judiciales, que ha dirigido infructuosamente sus argumentos a develar una posible inexistencia y conocimiento de actos de delegación profesional para el trámite de dos de los tres procesos que le enrostrara como ilícitos la agencia Fiscal, así como que la tesis de haber actuado valido de la buena fe que le generaba el concepto del profesional del derecho se desdibuja con el conocimiento que le otorga el haber estado informado de los rubros devengados en el último año trabajado, pues se recuerda, éste se hallaba compuesto por percepciones especiales derivadas del cargo que desempeñaba y que mes a mes se ligaban con las labores desplegadas y debidamente liquidadas salarialmente, luego no se encuentra firmeza en sus argumentos defensivos.

Acorde a lo analizado, no se duda que el procesado HERNÁNDEZ MONTEALEGRE estuviere al tanto de que con su actuar se pondría en efectiva vulneración las arcas estatales y que este proceder constituyera una acción sancionada por la Ley, que acompañaría censura por el conglomerado social y que sería rechazada por la comunidad ante un mínimo sentir de justicia y equidad; pues su actuar doloso dirigido a la declaratoria de condena en contra de la empresa ante el inexistente pago de renglones en su perjuicio sin que se contara con respaldo normativo o fáctico de ninguna índole para ello, también abrió la puerta para que se asumieran exorbitantes pagos moratorios a cargo de la entidad portuaria.

El conocimiento de que con su actuar se podía incurrir en una conducta ilícita y punible es evidente, especialmente cuando manifiesta de manera insustancial, haber considerado que sus prestaciones sociales se hallaban indebidamente tasadas y por ello resolvió accionar en contra de la empresa, con lo que pretende dar visos de justificación a sus irregulares y copiosas solicitudes de reliquidación de los rubros arriba individualizados, lo cuales a pesar de haber sido debidamente atendidos por su empleadora o no contar con amparo normativo, sirvieron de basamento para dar curso e impulsar los comportamientos reprochados, aspecto que demuestra la situación de adeudo subjetivo del señor VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, toda vez que brotan elementos cognitivos que consolidan su compromiso penal, descartándose aspectos que consoliden ausencia de responsabilidad o haber procedido en amparo de derecho legítimo, lo cual desdibuja cualquier fundamento generador de duda que la defensa pretende dar a que, al parecer, su procurado no otorgó poderes y que, posiblemente, como se sigue de su argumento inconcluso, fue víctima de una suplantación personal, mucho más cuando el acusado admitió haber extendido facultades de representación judicial al togado tantas veces referido.

Por manera que el Despacho arriba al convencimiento exigido por el ordenamiento jurídico acerca de que el encausado desplegó la actividad típica y antijurídica peculadora aquí analizada con dolo, es decir, con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y con entera voluntad de desarrollar la conducta y conquistar la finalidad delictual y sancionada por la Ley previamente propuesta.

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento del procesado así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por el mismo para perpetrar las conductas que se examinan⁴⁰, puesto que aviene inhesitable que las demandas se gestaron en medio de masivos cobros irregulares por parte de abogados y ex trabajadores, quienes de manera generalizada y en vista de la liquidación de la Empresa Portuaria, del desgüeño administrativo de la misma y su pronta desaparición, entablaron altísima cantidad de reclamaciones, aún sin justificación alguna, amparados en interpretaciones amañadas de las CCT, con de una u otra forma concurrencia de Jueces, otros servidores públicos y funcionarios de esa entidad estatal, o de quienes se les asimilaban.

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

“...se investiga a servidores públicos, abogados y trabajadores de Puertos de Colombia, resultando palmario en tales asuntos que el fondo de liquidación de dicha entidad se convirtió en la caja menor de personas que se propusieron obtener retribuciones económicas que en estricto derecho no les correspondía⁴¹.

⁴⁰ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

⁴¹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido sentencias y autos de casación, y como juez de primera y segunda instancia por hechos referidos a la defraudación de Foncolpuertos por delitos de *peculado, prevaricato, fraude procesal, estafa, falsedad, concierto para delinquir* y otros punibles, así: 07/11/2001, radicación 18882; 12/05/2000, radicación 16863; 25/09/2001, radicación 18021; 28/11/2002, radicación 17022; 16/12/2002, radicación 19095; 21/01/2003, radicación 19489; 06/03/2003, radicación 18021; 23/04/2003, radicación 18021; 27/05/2003, radicación 18666; 26/11/2003, radicación 19630; 09/02/2005, radicación 23153; 04/05/2005, radicación 23550; 15/11/2005, radicación 24466; 26/01/2006, radicación 20647; 18/05/2006, radicación 23350; 01/06/2006, radicación 21428; 16/06/2006, radicación 24746; 16/06/2006, radicación 24145; 16/06/2006, radicación 23954; 22/06/2006, radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615;

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

También dijo en otra decisión:

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

Recuérdese –tal como lo ha precisado la Sala en abundantes pronunciamientos emitidos en sede de casación⁴²- la manera en que operó la masiva defraudación a los bienes estatales, cuando los ex trabajadores portuarios –a través de un bien montado contubernio en el que participaron abogados litigantes y, de manera decisiva, algunos jueces laborales- se hicieron a multimillonarias e ilegales prestaciones, aprovechando así, no solamente el desorden administrativo imperante en todo el proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, sino la participación de funcionarios judiciales corruptos que hicieron caso omiso de la ostensible improcedencia de las demandas instauradas.

El anterior proceder ha constituido lugar común en las numerosas defraudaciones a los bienes del Estado con ocasión de las demandas dirigidas contra Foncolpuertos, a tal punto que, a través de incontables pronunciamientos jurisprudenciales, se ha elevado a una verdadera regla de experiencia, la cual fue aplicada a varias de las también numerosas sentencias condenatorias...”⁴³

Es claro que el procesado aprovechó este contexto como oportunidad y escenario propicio para consolidar su trazado⁴⁴. En efecto, se aprecia

23/11/2006, radicación 26300; 23/11/2006, radicación 26091; 01/02/2007 radicación 26198; 28/02/2007, radicación 23564; 28/02/2007, radicación 25475; 07/03/2007, radicación 23979; 21/03/2007, radicación 26695; 27/03/2007, radicación 27124; 09/04/2007, radicación 27124; 11/04/2007, radicación 25612; 20/04/2007, radicación 27124; 27/04/2007, radicación 27124; 03/05/2007, radicación 27124; 06/06/2007, radicación 25661; 27/06/2007, radicación 27393; 01/08/2007, radicación 27598; 01/08/2007, radicación 25263; 15/08/2007, radicación 25800; 06/09/2007, radicación 27092; 28/11/2007, radicación 24905; 28/11/2007, radicación 27225; 30/01/2008, radicación 25043; 20/02/2008, radicación 27425; 29/02/2008, radicación 29222; 06/03/2008, radicación 29317, entre otros asuntos.

⁴² Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

⁴³ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

⁴⁴ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que

que se encontraba en el momento en el que la entidad estatal estaba sometida por un inmenso número de extrabajadores a reclamaciones y demandas judiciales enderezadas a obtener el pago de todo tipo de rubros, lo que hace emerger a la luz de los principios que gobiernan la sana crítica, la persuasión racional y la valoración probatoria el indicio de oportunidad grave contra el acriminado, máxime cuando los factores salariales que sirvieron de fundamento para las demandas, acogidas irreflexivamente en las sentencias, con las que se lograron los efectos dinerarios ilícitos, no tenían siquiera enunciación en norma convencional o legal.

Finalmente, corrobora lo expuesto el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del “escándalo” de la referida Empresa Portuaria, el cual sin duda alguna era sabido por los abogados, los ex empleados y dirigentes de esa entidad así como por la comunidad nacional, percibiéndose que los mismos trabajadores junto con los abogados ante su eminente liquidación, utilizaran en provecho propio el momento propicio que se brindaba y que les garantizaría la prosperidad de sus pretensiones, por más descabellados que fueran sus fundamentos e ilícita su finalidad, y el pago de las mismas, mucho más cuando en el ambiente se difundía la emisión de sentencias y actos administrativos indiscriminados, o conciliaciones, por factores inviables en derecho o rubros no explicitados ni debidamente calculados, favorables a los pedimentos de los exempleados, de forma que sin importar el concepto que se alegara, se obtendrían pingües valores dinerarios, situación que, sin duda alguna, fue robustecida por la falta de atención oportuna de los procesos laborales, la deficiente defensa de los intereses de la Nación, el desparpajo administrativo de esa entidad y el acceder sin óbice legal alguno a los pedimentos.

Así, en ese marco de acontecimientos, la realidad brindaba la oportunidad necesaria y requerida para que el acusado intentara lo propio. Los hechos acreditados permiten demostrar que en ese contexto de desfalco de FONCOLPUERTOS actuó el acriminado.

De hecho, sobre este contexto y conocimiento nacional del mismo, en sentencia del 12 de mayo de 2010, con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González de Lemos, en el asunto No. 29799, el máximo órgano en lo penal, reitera⁴⁵:

“... hacía por lo menos dos años (noviembre de 1996) desde cuando los diversos medios de comunicación escrita y oral de Colombia venían registrando en forma profusa noticias entorno a la millonaria

campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

⁴⁵ Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najjar Moreno.

defraudación, precisamente con ocasión del masivo cobro irregular de obligaciones laborales ya pagadas o reliquidaciones infundadas, que se sustentaron en resoluciones espurias, mediante la connivencia entre ex trabajadores, abogados litigantes quienes los representaban, así como apoderados de la empresa, ex directivos de Colpuertos, directivos de Foncolpuertos y lo más importante, funcionarios judiciales..."

Esta conclusión se fortalece en el hecho de que nadie puede alegar a su favor haber actuado de buena fe cuando quebranta el ordenamiento normativo perpetrando actos defraudatorios lejanos de la verdad, la justicia y la equidad; y cuando a voces de la regla 9ª del Código Civil (CC) ninguna persona puede excusarse en la ignorancia de la Ley, mucho más cuando, como resulta cierto en el presente caso, pues la actividad de extrabajador portuario que le acompaña a éste, le otorga los conocimientos necesarios para ajustar su actuar a derecho y reclamar el consecuente reproche criminal por las resultas conocidas.

Frente al grado de concurrencia personal del acriminado en el comportamiento por el cual se procede, respecto de quien se encuentra demostrado que su actuar es objetivamente típico y antijurídico, y que acorde a las precisiones realizadas en torno de su compromiso personal le es reprochable la irregular intención de acometer las reclamaciones efectuadas por intermedio de apoderado judicial, se recuerda que es convocado a título de partícipe determinante de las conductas reprochadas.

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

"ARTICULO 30. PARTÍCIPES. Son partícipes el determinante y el cómplice.

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

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

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

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

exigidas en el tipo"⁴⁶. También ha sostenido que el "partícipe es el que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, tratése de una instigación [determinador] o de un cómplice, por ello esta forma de concurso de personas se caracteriza de manera negativa, pues el agente no ejecuta la acción típica"⁴⁷.

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

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

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

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

La Corte, al respecto, ha dicho:

Lo que si merece una reflexión separada es el significado jurídico y gramatical de la conducta determinadora. En efecto, "determinar a otro", en el sentido transitivo que lo utiliza el artículo 23 del Código Penal, es hacer que alguien tome cierta decisión. No es simplemente hacer nacer a otro la idea criminal sino llevarlo o ir con él a concretar esa idea en una resolución.

⁴⁶ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de derecho penal, "Autoría y participación", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

⁴⁷ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

Esa firme intención de hacer algo con carácter delictivo, como lo sostiene la doctrina jurisprudencial y lo acepta el impugnante, puede lograrse por distintos modos de relación intersubjetiva: el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable.

Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado⁴⁸.

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

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

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

(...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación⁴⁹.

En otra oportunidad dijo:

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

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico⁵⁰.

(...)

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

Frente a la figura del determinador en los delitos con sujeto activo cualificado, el máximo órgano de lo penal colombiano, en fallo de 03 de junio de 1983, había señalado que la condición especial exigida en el tipo sólo se reclama de quien materialmente realiza la conducta y no del determinador. Sobre el tema precisó esa Alta Colegiatura:

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

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

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

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

En este orden, emerge diáfano que el ciudadano HERNÁNDEZ MONTEALEGRE no tenía la facultad legal para disponer directamente del peculio oficial ni le había sido confiado éste para su administración, razón por la cual no se le puede atribuir la condición propia que demanda el sujeto calificado activo del delito de peculado por apropiación, el cual, para el caso, sólo es predicable de los citados Jueces Laborales, director del fondo liquidador, de su apoderado o del funcionario conciliador, situación de la que se desprenden que no puede ser entendido como autor del reato peculador.

A ello se agrega que tampoco puede enrostrarse al procesado haber actuado como coautor o como cómplice, pues para ello era necesario, en principio, demostrar la presencia de un acuerdo común entre los sujetos agentes del ilícito, y, en el asunto de la especie, no se acreditó dicho estado compartido de consentimiento o confluencia de voluntades producto de un convenio entre éstos. Tampoco está probado que actuara como autor carente de la calidad especial reclamada por la Ley, al menos para predicar la existencia de una autoría impropia, mucho más cuando, se memora, no fue el quien dio vida jurídica ni validó las referidas sentencias, resoluciones administrativas o conciliación que ordenaron los pagos que se escrutan, lo cual elimina la posibilidad de considerar que desplegó su conducta como interviniente.

En este orden, estima el Juzgado que en el presente caso no se revelan las circunstancias fácticas acreditadas para arribar al predicamento de que el acriminado HERNÁNDEZ MONTEALEGRE obró dentro de los parámetros de la autoría, la coautoría, la complicidad o la intervención de acción para enrostrarle alguna de estas modalidades de agente delictivo, ante lo cual no se atisba confusión en la acusación, aunado a que tampoco se detalla que se halle demostrado que formaba parte de

una red o asociación delincencial. No empece, con toda certeza se deriva que el grado de concurrencia personal que le es propio es el de determinador en cadena con otros.

En efecto, cuenta el paginario con el material demostrativo pertinente e idóneo que, al ser analizado de forma crítica y conjunta, conduce a manifestar que se está ante la existencia de eventos provistos de mérito para sostener con certeza que al acusado le es enrostrable un grado de aparición en escena y de despliegue de su accionar que, en criterio de este Estrado, no es el que corresponde al de autor o, por lo ya dicho, al de coautor, al de cómplice o interviniente, sino al de un partícipe en condición de determinador en cadena con otros con relación a la conducta constitutiva de los hechos estudiados en esta decisión, comoquiera que en éste no tenía el dominio del hecho para comprometer directamente y *mutuo proprio* el erario, habida consideración de que quienes por Ley tenían esa potestad eran los referidos Jueces Laborales, el Director General de FONCOLPUERTOS, su apoderado o el funcionario conciliador.

De lo analizado se arriba a la clara y advertida ausencia de incertidumbre respecto de la incursión personal del procesado instando a quienes disponían de los recursos estatales, pues de su actuar se derivan necesariamente los elementos que estructuran la determinación ejercida respecto de quienes desde sus sitios disponían de los recursos del Tesoro público, comoquiera que la interposición de demandas con la enunciación de pretensiones lejanas de la realidad, con el entero conocimiento de que los conceptos que cimentaban las pretensiones previamente habían sido pagados por la empresa en vigencia del vínculo laboral, se erige como la clara intencionalidad de pretender dar apariencia de legalidad a un reclamo que no contaba con ella, actuar que en criterio del Juzgado revela su indefectible voluntad de impulsar por intermedio de su representante judicial al funcionario judicial o administrativo o a quien se le asimilaba a que ejerciera su tarea y/o adoptara la decisión que era de su competencia en contra vía de derecho.

Lo anterior aviene libre de hesitaciones, mucho más cuando también se aprecia que si bien es cierto la doctrina jurisprudencial en materia penal ha admitido que la determinación se fragua a través de las modalidades a las que hace mención, como la coacción superable, la promesa de remuneración y muchas otras, no lo es menos que tales corresponden únicamente a ejemplos de mecanismos, sin que alguna vez hubiese establecido un número cerrado (*numerus clausus*), de allí que haga también referencia a que no pretende agotar el tema o que igualmente es viable a través de otros medios (*numerus apertus*) que conducen efectivamente a que el determinador logre que el determinado obre injustamente en el sentido ilícito que el primero se propone, sin que para

este efecto, como en el presente asunto, sea necesario el conocimiento previo o concomitante, o la relación interpersonal, negocial, de amistad, o el común acuerdo expreso entre éstos, situación que en manera alguna exculpa al acriminado en lo que mira a su posición de determinador ni desvirtúa su actuar concreto y probado.

Así las cosas, el procesado, con el propósito innegable de apropiarse ilícitamente de dineros públicos, viabilizó efectivamente lo que estaba de su parte junto con otros para mover el aparato judicial y administrativo, a fin de que fueran las autoridades judiciales y administrativas competentes las que dispusieran lo necesario, y, en la medida de su competencia, ora mediante providencias, ora mediante conciliación, ora a través de resoluciones, para que su propósito se materializara en la realidad, es decir, lograr que del Tesoro nacional se destinaran rubros para engrosar indebidamente el peculio personal, a través de cadena de determinadores en la cual, sin duda alguna, participó el extrabajador aquí procesado.

Para los efectos perseguidos no era necesario que el mismo Juez, Conciliador, Director o el apoderado de éste ante quien se presentaron las reclamaciones judiciales y administrativas, hubiese sido quien elaborara el proyecto, o que entre el determinador y el determinado existiera una relación interpersonal, de negocios, de amistad, o el común acuerdo expreso, toda vez que para el caso bastó con que la actuación del procesado junto otros, inequívocamente dirigida a defraudar el peculio público, constituyese el motivo de impulso de los trámites pertinentes y de la apropiación irregular.

En este orden, es evidente que los reconocimientos de los conceptos y cuantías arriba explorados, contraventores de las normas convencionales, supletorias y líneas jurisprudenciales pertinentes, fueron posibles con el concurso efectivo de servidores públicos, llámense Gerentes Generales de FONCOLPUERTOS, sus apoderados, Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla o Conciliadores de la época, quienes tenían la facultad de disponer del erario, cumpliéndose así lo normado en el artículo 20 del actual CP y en el precepto 18 de la Ley 190 de 1995, respecto de quien es considerado como servidor público, logrando determinar el encausado con su conducta criminal la comisión de los ilícitos aquí analizados.

Estas apreciaciones encausan las conclusiones a que la participación del enjuiciado en los trámites judiciales y la posterior emisión de los actos administrativos que ordenaban su pago, estaba previa y conscientemente trazada para otorgarle apariencia de licitud, con conocimiento de que los funcionarios judiciales de Barranquilla despacharían de forma favorable sus pretensiones, sin olvidar lo atinente a la conciliación; empero, esa estrategia, consistente en una cadena real

y material de determinadores, no llama a confusiones ni tampoco a dudas, toda vez que resulta diáfano que el entramado creado entre quien se convoca a juicio criminal y quienes ostentaban la disposición del erario, conlleva a un punto común que es el de concretar los actos consumativos del reato de peculado por apropiación en las modalidades arriba identificadas en detrimento de los recursos públicos.

Superada la anterior temática, se observa que el mandato 12 del CP establece: *“Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradica toda forma de responsabilidad objetiva”*.

En torno del esquema de culpabilidad consagrado en la Ley 599 de 2000, la doctrina nacional indica que *“El nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), a diferencia del Código Penal de 1980, no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática; sin embargo, se podría afirmar que sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”*⁵¹.

Respecto de este elemento requerido para la concreción de los punibles, discutido en detalle previamente, el Despacho considera que el procesado merece el correspondiente juicio de reproche, en calidad de imputable, por haber realizado comportamientos típicos y antijurídicos, al serle exigible otra conducta, ya que pudiendo actuar conforme al ordenamiento, por ejemplo, absteniéndose de perpetrar los reclamos por vías administrativa y judicial, decidió deliberadamente llevar a cabo las actividades delictuales descritas con anterioridad, obrando con conocimiento de la antijuridicidad al saber la ilicitud de su proceder y que con él lesionaba los más altos valores estatales que garantizan la convivencia.

Siendo las conductas típicas, antijurídicas y culpables, y al no encontrar este Estrado la activación de causales de antijuridicidad o inculpabilidad, debe concluir que se logra desvirtuar el principio de inocencia y, por tanto, no es posible aplicar el principio *in dubio pro persona* respecto del acriminado acorde a lo reclamado por su protector defensivo.

Por los motivos aquí expuestos, el Juzgado arriba a la plena certeza de que el acusado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE deberá responder a título de **DETERMINADOR** de la sindicación de **peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo con peculado por apropiación agravado**, acorde a las puntualizaciones que respecto a las

⁵¹ CÓRDOBA ANGULO, Miguel. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

cuantías erogadas se efectuaron en precedencia, y, reunidos como se hallan los requisitos que para el efecto prevé el artículo 232 del CPP, se habrá de proferir sentencia **CONDENATORIA** en su contra.

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.

PUNIBILIDAD

Culminado el escrutinio de los elementos estructuradores de las conductas punibles y los derroteros que consolidan el compromiso del procesado, el Despacho pasará a definir la sanción a imponerle por la comisión de los reatos cometidos, analizando lo correspondiente a la pena principal y a las accesorias del convocado a reproche.

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

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

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

| PRIMER CUARTO | SEGUNDO CUARTO | TERCER CUARTO | ÚLTIMO CUARTO |
|----------------------|-----------------------|----------------------|----------------------|
| 72 a 121,5 meses | 121,5 a 171 meses | 171 a 220,5 meses | 220,5 a 270 meses |

Ahora bien, para fijar el cuarto en el que el Despacho debe moverse, se tendrá en cuenta que en el presente caso no se encuentran acreditadas

circunstancias agravantes o de atenuación punitiva, por lo que al no haberse imputado circunstancias genéricas de incremento sancionatorio, de acuerdo con el inciso 2º del mandato 61, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, esto es, entre **72 y 121.5 meses de prisión**.

Con miras a precisar el monto punitivo dentro de los linderos señalados, el Juzgado expondrá adicionalmente las consideraciones pertinentes de acuerdo con los baremos contemplados en el inciso 3º del artículo 61 represor, habida cuenta de que en el discurrir de esta providencia ya se han hecho puntualizaciones acerca de los mismos, motivo por el cual el Juzgado no reiterará en este momento lo explicitado en el cuerpo del fallo y desde ahora se limitará a remitirse a los argumentos precedentes.

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

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

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

La cercanía que detentaba el acriminado con las normas convencionales, en especial respecto de aquellas relacionadas con el establecimiento salarial y prestacional, confluyen al hecho de que su actuar estuvo inequívocamente enderezado a alcanzar beneficios pecuniarios a partir de las irregulares postulaciones que copiosamente adelantó por vía administrativa y judicial plenamente identificadas en la presente causa penal, como se aprecia a partir de las pruebas apercibidas al expediente, aspectos que confluyen a que no se trató de un proceder aislado o producto de un lapsus que lo llevó a efectuar las irregulares solicitudes por el desconocimiento de las prerrogativas convencionales u obrando bajo la convicción de reclamar con justeza frente a las autoridades competentes; revelándose, por el contrario, que su irregular actuar obedeció a un patrón habitual y doloso, del que se concluye un alto compromiso merecedor del igualmente prominente reproche.

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

Profundizando en el tema la doctrina penal ha señalado:

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

En nuestro país, los índices de corrupción en el sector público han alcanzado dimensiones que lindan con lo que la doctrina ha dado en llamar 'hipercorrupción', 'corrupción galopante' o generalizada, ya que el flagelo ha invadido todos los ámbitos de la vida social..."⁵².

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder del acusado, se detalla que la lesión efectivamente causada con su conducta menoscabó el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valor del que si bien se tiene evidencia de haber sido ordenado reintegrar en virtud de orden administrativa y el mismo encausado informó haber percibido descuentos de su mesada pensional, actualmente no se tiene noticia de que haya sido reintegrado de forma parcial o total mediante descuento directo por nómina de las mesadas

⁵² Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

pensionales en razón de la mencionada disposición o devuelto de forma voluntaria por éste.

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

En lo referente a la intensidad de dolo, se advierte que el acusado tenía claridad respecto de que con los comportamientos que desplegaba se cristalizaba conducta punible, y aun así los realizó; conocía de las implicaciones de determinar a servidores públicos para apoderarse de bienes del Estado, más aun en las condiciones del gran desfalco contra FONCOLPUERTOS y en últimas contra la Nación, de forma que aunado a lo ya expuesto, en criterio de este Estrado el nivel de intencionalidad mostrado por el imputado es alto y también demostrativo de un considerable nivel de indolencia con la Nación.

En esa medida, halla el Despacho que tanto el riesgo ilegal efectivamente creado y el impacto causado en el bien jurídico tutelado en cuanto afectación real y material, así como el alto nivel del dolo mostrado por el acriminado, demandan definir la pena básica imponible por efectos del concurso con fundamento en el canon 31 del CP teniendo como basamento las consecuencias jurídicas del delito de peculado por apropiación agravado originado en la actuación judicial adelantada ante el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla y las actuaciones administrativas relacionadas, en punto de setenta y siete (77) meses de prisión, los cuales deberán ser incrementados en un cinco por ciento (5%) por el peculado por apropiación simple en que incurrió con el adelantamiento y pago de la reclamación desplegada ante el Juzgado Primero de la misma especialidad y urbe, que corresponde a 3 meses y 3 días, para arribar al total de **OCHENTA (80) MESES Y TRES (3) DÍAS DE PRISIÓN**, a título de determinador responsable de las conductas punibles de **PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO SUCESIVO CON PECULADO POR APROPIACIÓN SIMPLE, guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

De la pena de multa.

El Legislador adicionalmente prevé como sanción principal, la multa, en los términos de los artículos 34, 35 y 39 del estatuto penal. De acuerdo a la regla 397 inciso 1º del CP se impondrá "...*multa equivalente al valor de*

lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes...”.

Así, en el presente caso, teniendo en cuenta que las erogaciones a cargo del Estado derivadas del proceder del acriminado se dieron en diferentes momentos históricos y que cada uno de los actos identificados a lo largo de este discernimiento impactó de forma aislada el erario, han de identificarse las cuantías que componen el probado detrimento a los recursos públicos, que acorde a la relevancia y el contenido de la resolución 01935 de 31 de diciembre de 2009, corresponden, en primera medida, a lo pagado en virtud del proceso del Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, donde fueron cancelados en la nómina de pensionados hasta la data en que fueron revocados los efectos jurídicos y económicos de la conducta \$41´407.716,78 equivalentes a 89,72 SMLMV de 2008, y \$53´000.000,00 que corresponden a 260,02 SMLMV de 1998, pagados en cumplimiento de lo pactado en el acta de conciliación 072 de 30 de abril de 1998 mediante resolución 2070 de 20 de mayo de la misma anualidad.

De otro lado, como segundo elemento a apreciar sobre el particular, se encuentran las repercusiones pecuniarias del trámite judicial acometido ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, en virtud del que se dispuso el pago de \$2´625.029,08 o 5,68 SMLMV de 2008, como incremento en la mesada pensional y un pago inicial de \$17´040.075,26 equivalentes a 172,64 SMLMV de 1994, entregados en observancia de la orden impartida en acto administrativo 691 de 08 de julio de 1994.

Finalmente, como tercer tópico a tener en cuenta, la comentada decisión 01935 de 2009, establece que desde la emisión de la nota interna 1043 de 25 de septiembre de 2008, que sirvió de fundamento para tasar los efectos dañinos de la conducta y el desmonte de los incrementos aplicados a la mesada pensional, hasta la data en que fue emitida la primera, se habían pagado de más en la percepción de jubilación los ajustes correspondientes a 2009 en cuantía de \$2´888.027,32, que ascendían en conjunto con las sumas relacionadas en apartes precedentes a **\$116´960.848,45**, **cifra que se implanta como el monto de lo apropiado y constituye el objeto de la pena de multa**, visto adicionalmente que el importe identificado no excede el tope señalado en la mencionada norma, y acorde al derrotero seguido por el máximo Juez Penal Colombiano en su jurisprudencia⁵³.

⁵³ Por ejemplo, en sentencia SP9225-2014 proferida con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González Muñoz, dentro del radicado N° 37462, el 16 de julio de 2014, al momento de definir la punición, esa Corporación señaló que en tratándose del delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 del CP, la sanción corporal allí contemplada, que se entiende en el inciso primero, se aumenta en una mitad; en tanto que la pena de multa equivale al valor de lo apropiado. De dicha tasación se desprende que la Colegiatura encargada de unificar la jurisprudencia nacional sobre el particular, ha dejado sentado que el monto de sanción pecuniaria a imponer en los

Ahora bien, la condena dineraria por el comportamiento que desplegó el acusado en calidad de determinador responsable del reato identificado, acabada de tasar, **deberá ser cancelada por éste en la cuenta especial destinada para tal efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho**, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, que modificó el canon 42 de la Ley 599 de 2000, una vez adquiriera firmeza esta decisión, comoquiera que es a partir de ese momento cuando se hace exigible. Igualmente, **cuando quede ejecutoriado este fallo, se remitirá por la secretaría de este Juzgado** la primera copia del mismo con constancia de ello y de prestar mérito ejecutivo, indicando la fecha de firmeza, a la **Oficina de Cobro Coactivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** para los fines legales pertinentes, o en su defecto certificación en el sentido, para el propósito indicado en el referido precepto 6 de la Ley 2197 de 2022.

DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

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

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

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

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Lo aquí importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, no es posible tomar de la antigua ley una parte y de la nueva, otra, porque de hacerlo, correspondería a una modalidad de configuración híbrida o de *lex tertia* que es inadmisibile en casos como el

eventos de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, es el mismo de la suma dineraria sobre la que versó el ilícito, baremo que es acogido por este Estrado, de cara a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta y habida consideración de que el citado pronunciamiento constituye precedente jurisprudencial, y, por ende, criterio auxiliar de la actividad judicial.

que se examina, según lo expresado por la Sala de Casación Penal⁵⁴, y en la que además el Juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador, lesionando así los principios de reserva legislativa y de legalidad.

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

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

"1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el Juez de conocimiento concederá lo medido con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el Juez podrá conceder lo medido cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena".

Confrontando las dos legislaciones, y anteponiendo el principio constitucional de favorabilidad, se observa que si bien es cierto inicialmente y frente al primer requisito, se podría pensar que es más ventajosa la Ley posterior, por cuanto se amplía el espectro sobre el factor objetivo, vale decir, de la exigencia de tres años pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer al procesado rebasa con creces tales linderos objetivos, motivo por el cual no se concederá el subrogado penal bajo examen, de forma que el acriminado deberá purgar la sanción privativa de la libertad, propósito para el cual se emitirá la correspondiente **orden de captura** una vez el fallo adquiera ejecutoria.

⁵⁴ Providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 24 de febrero de 2014, en el caso de única instancia identificado con el radicado 34099 (AP782-2014) adelantado contra Piedad Zucardi. Igualmente puede consultarse el auto de 3 de septiembre de 2014, adoptado por esa Alta Colegiatura en el radicado AP 5227-2014, 44.195, con ponencia de la H. M. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la prisión domiciliaria⁵⁵, advirtiendo que el artículo 23 de la citada Ley 1709 del 2014, establece los siguientes requisitos para su concesión como sustitutiva de la intramural:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
- 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*
- 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

Por su parte el canon 38 original del CP, prevé al respecto:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*
- 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir sería, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena."*

El reato básico por el que se procede en este asunto es el de peculado por apropiación agravado por la cuantía, que tiene prevista pena de prisión mínima de 6 años, por lo que frente al primer requisito este preceptiva parecería en principio más favorable; sin embargo, al observar el segundo de los requisitos, se encuentra una prohibición explícita, ya que claramente se indica que, por la calidad del bien jurídicamente protegido de la administración pública, no es posible la concesión del beneficio. Lo que conlleva a sostener que el nuevo régimen no es más favorable, y, por tanto, el aplicable es el originalmente previsto en la Ley 599 de 2000, lo cual se analizará más adelante en caso de ser necesario.

No empece, para agotar el orden lógico de las normas, no ofrece duda desde otra óptica que el inciso 3º del actual canon 68 A del CP⁵⁶, el cual fue entronizado por el precepto 32 de la mencionada Ley 1709, crea ciertas excepciones a la prohibición de la concesión de la prisión

⁵⁵ El H. Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 20 de abril de 2021, bajo el radicado 110013104016201500053-01, estableció que "... al emitir sentencia adversa a los intereses del acusado, atañe al fallador el deber de pronunciarse respecto de la figura regulada en el Código Penal [prisión domiciliaria], comoquiera que a él le corresponde imponer las penas principales, sustitutivas y accesorias en tanto consecuencias jurídicas de la conducta punible, al tenor de los preceptos 34 y siguientes del mencionado canon".

⁵⁶ "Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004".

domiciliaria, las cuales han de valorarse de cara a los artículos 461 y 314 numerales 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 906 de 2004. Entonces, es claro que a pesar de que el mandato 68 A actual del estatuto represor excluye de manera general ese beneficio para el delito base de punición de este caso, es posible concederlo si se reúnen los presupuestos descritos en los artículos 461 y 314 numerales 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 906 de 2004.

En este caso, de conformidad con lo acreditado en el plenario, el Juzgado encuentra que el acriminado no cumple las exigencias consagradas por el legislador en los numerales 3º, 4º y 5º del aludido artículo 314 de la Ley 906, esto es, estado de gravidez, parto o lactancia, estado grave por enfermedad, o situación de madre o padre cabeza de familia.

No obstante, VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE satisface las establecidas en el numeral 2º de dicho canon, es decir, tener edad superior a 65 años y que su personalidad, así como la naturaleza y modalidad del delito no riñen en este caso con la concesión del mecanismo sustitutivo.

Acerca de la prohibición expresa de conceder la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, respecto del delito de peculado por apropiación, cabe advertir que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 9 de abril de 2008, señaló: “...el juez podrá conceder la sustitución de la medida **siempre y cuando** el peticionario fundamente, en concreto, que **la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas de delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º de la norma en mención...**”.

En el presente proceso, se observa que la reglamentación adjetiva penal de 2004, no exige presupuestos diferentes de que “el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años” y de que “su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia”, los cuales han de estar debidamente acreditados, de donde surge que efectivamente no reclama valorar los baremos previstos en el canon anterior 38 del CP ni tampoco en su versión actual introducida por la Ley 1709 de 2014, ni en el artículo 38 B represor creado por esta última. De allí que para este caso sólo se debe examinar si se cumplen o no los requisitos acabados de citar, sin que ello impida tener en cuenta otros elementos que, una vez sopesados, apoyen la conclusión.

El ordenamiento jurídico en aplicación del principio de solidaridad, de la protección a la dignidad humana y de la tutela especial que requieren ciertos grupos de personas en razón de la vulnerabilidad derivada de su condición etaria, según los artículos 1º, 13 y 46 superiores, reconoce especial amparo al adulto mayor, esto es, a la persona mayor de 60 años

de edad, según el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008⁵⁷, consagrando expresamente: *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”*.

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

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

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

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

En el caso de la especie, se aprecia que el encausado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE tiene actualmente 70 años. Por ello, debe ser considerado según los lineamientos anteriores como persona de la tercera edad, sujeto de protección constitucional especial, y mayor de 65 años acorde a la exigencia del artículo 314 numeral 2° de la Ley 906 de 2004.

Ante la otra exigencia, esto es, que *“su personalidad, la naturaleza y*

⁵⁷ Dice el texto legal: *“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene como objeto proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia. // ARTÍCULO 2o. FINES DE LA LEY. La presente ley tiene como finalidad lograr que los adultos mayores sean partícipes en el desarrollo de la sociedad, teniendo en cuenta sus experiencias de vida, mediante la promoción, respeto, restablecimiento, asistencia y ejercicio de sus derechos. // ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. Para la interpretación y aplicación de la presente ley, téngase en cuenta las siguientes definiciones: (...) **“Adulto mayor.** Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”*.

modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia", del plenario no emerge el conocimiento de rasgos particulares o precisiones actuales tocantes a dichos tópicos que conduzcan indefectiblemente a negar el instituto en estudio.

Adicionalmente, el paginario no da razón de que el procesado se halle hogaño involucrado en problemas de índole familiar o social distintos de los derivados de su vinculación a la presente actuación procesal y a los hechos que se analizan, comoquiera que no militan antecedentes o anotaciones judiciales o policiales recientes o actuales e indicativos de comportamiento inapropiado, de irrespeto a las normas básica de convivencia social o a las autoridades, sumado a que se tiene que el encausado posee arraigo familiar y social, no se acreditó al menos que hubiere sido sometido a sanciones disciplinarias, y que cuando fue localizado y citado por la autoridad penal acudió al llamado.

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

También percibe el Juzgado la necesidad de efectuar el siguiente balance alrededor de la situación particular del procesado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, quien como se dijo cuenta en la actualidad con 70 años de vida, de forma que, por ejemplo, acorde a la resolución 0110 de 22 de enero de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera mediante la cual se adoptan las Tablas de Mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS⁵⁸, su esperanza de vida es tan sólo del 14.1%, visto que ya vivió el 85.9%, que en manera alguna dignificaría lo que le queda como expectativa.

En este orden, es menester recordar que de cara a los principios y fines de las penas, y en especial al principio de dignidad humana como pilar y directriz indeclinable de la punición, si bien es cierto se encuentra el que atañe al carácter retributivo de las mismas, no menos lo es que también se orientan a garantizar el tratamiento, la resocialización y la integración social de las personas, de donde se colige que la imposición de una condena y la definición sobre los subrogados penales debe tener en

⁵⁸ Página

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

cuenta tales baremos, y en el caso de la especie, vista la realidad particular del procesado, no ofrece duda para el Despacho que el confinamiento del mismo en institución penitenciaria, habida cuenta de que el castigo aquí irrogado es de 80 meses y 3 días, de suerte que en la práctica si hubiere de cumplir la sanción de forma intramural, la expectativa de vida que le queda le alcanzaría apenas para egresar vivo del reclusorio supuestamente resocializado y vivir un poco tiempo, derivándose entonces que en el caso concreto no se cumplirían a plenitud los fines de la sanción corporal si ésta se purga en un establecimiento oficial; pero que sí se lograría bajo el entendido de que el sujeto permaneciendo en su lugar de residencia conserve la garantía de que la sanción respeta su dignidad como persona perteneciente al género humano, su inclusión social y sujeción familiar, como red de apoyo en el proceso de rejerarquización y vivencia de valores, máxime cuando se detalla su arraigo y desempeño social actual como factores que permiten al Despacho elevar un juicio favorable en torno de la concesión de dicho beneficio a este acusado.

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

Por lo tanto, encuentra este Despacho que surge el consejo a manera de conclusión de que en este caso es jurídicamente viable otorgar bajo los derroteros de la Ley 906 de 2004, el mecanismo sustitutivo bajo estudio al enjuiciado.

En esta medida, **se concederá al procesado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE el mecanismo sustitutivo de prisión intramural por domiciliaria** que habrá de garantizar mediante la suscripción del **acta contentiva de las obligaciones** de que trata el mencionado **precepto 38 A actual de la Ley 599 de 2000**, y la prestación de **caución prendaria**, mediante título de depósito o póliza judicial, por valor igual a **tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a órdenes de este Estrado o del Juzgado Ejecutor de Penas al que corresponda vigilar esta condena.

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 indemnizen 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.

En el asunto en concreto, el Despacho observa que de las pruebas apercibidas al paginario se tiene certeza de la revocatoria de la que fueron objeto las tres sentencias que hacen parte del acontecer objeto de reproche, y que en acatamiento de estas decisiones fue emitida la resolución 01935 de 31 de diciembre de 2009, en la que se dispuso, entre otros aspectos, la revocatoria parcial de la Resolución 691 de 1994, en la que se relaciona con el procesado HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, y de manera total la 736 de 1998, orden que fue reiterada innecesariamente por la agencia Fiscal en el pliego de cargos.

En torno a la vigencia del acto administrativo 423 de 21 de febrero de 1996, por medio del que se dispuso dar cumplimiento a las sentencias de los Juzgados Primero y Séptimo Laborales del Circuito de Barranquilla en torno a la variación de la mesada pensional, ha de recordarse que fue revocada directamente mediante resolución 480 de 2009, por lo que en lo que atañe a las decisiones y actos acotados hasta este punto no se hace necesario emitir orden enderezada al restablecimiento del derecho.

No obstante, se aprecia que en lo asociado con el acta de conciliación 072 de 30 de abril de 1998 y las resoluciones 2070 de 20 de mayo y 1249 de 26 de mayo de la misma anualidad, por medio de las cuales se reconoció y ordenó el pago de la condena impuesta por el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla a la entidad portuaria en liquidación mediante Bonos de deuda pública TES clase B, no fue adoptada decisión dirigida a extraerlas del tráfico jurídico, por lo que se dispone proceder en ese sentido y **dejar totalmente sin efectos jurídicos y materiales el acta de conciliación 072 de 30 de abril así como las resoluciones 2070 de 20 de mayo y 1249 de 26 de mayo, todas, de 1998, únicamente en lo que respecta a los beneficios reconocidos en favor del aquí acusado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**, debiéndose informar a la entidad que actualmente se encargare de la administración del pasivo pensional de la empresa portuaria para que obre de conformidad y se abstenga de efectuar pagos relacionados con los posibles derechos contenidos en el anunciado acuerdo conciliatorio y actos administrativos en favor del procesado VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE, habida consideración de la ilicitud que de los fallos judiciales se desprende.

Se decretará **comunicar estas situaciones a dichas autoridades judiciales y a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)**, para que 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.

DAÑOS, PERJUICIOS Y AGENCIAS EN DERECHO.

De acuerdo con las disposiciones 94, 95, 96 y 97 del CP, y 56 del CPP, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados, los cuales deberán ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria.

En el presente caso, se advierte que la indemnización deprecada por la entidad que representa los intereses de la Nación⁵⁹, otrora el GIT, ahora UGPP, en la demanda mediante la cual se constituyó en parte civil reprodujo el contenido del acto administrativo 01935 de 31 de diciembre de 2009, estableciendo la aspiración en \$116'960.848,45, la cual adujo, debía ser indexada desde la fecha en que fue efectivamente recibida hasta cuando se efectuara el reintegro total, reservándose el derecho, en caso de hallarse probado, de incrementar las pretensiones de cara a los perjuicios irrogados a la Nación. Sin embargo, se aprecia que a lo largo de la actuación no se efectuó variación a dicha estimación.

Adicional a lo anterior se deprecó la imposición de condena en costas procesales y se manifestó la intención de alcanzar los fines de verdad y justicia a partir de su actividad, citando algunos referentes jurisprudenciales relacionados con el particular. Demanda que fue objeto de estudio en resolución de 11 de agosto de 2009, con la que la Fiscalía instructora la admitió.

En esta medida, la pretensión resarcitoria se ajustará a lo que se halla probado en el infoliado, esto es, a las sumas identificadas como entregadas al procesado dentro del acto administrativo 01935 de 31 de diciembre de 2009, según la equiparación en SMLMV efectuada en apartes previos de esta providencia.

Por estos motivos el señor **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE** deberá pagar solidariamente con quienes igualmente han sido o resulten condenados por los hechos aquí analizados, en las condiciones ya indicadas, dentro de los SEIS (06) MESES siguientes a la firmeza de este fallo, a favor de la Nación por intermedio de la parte civil constituida otrora en este trámite ahora representada por la UGPP o la entidad que hiciere sus veces, el **VALOR IGUAL A QUINIENTOS VEINTIOCHO COMO**

⁵⁹ Folios 13 a 17 cuaderno de Parte Civil.

CERO SEIS (528,06 SMLMV) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES PARA EL MOMENTO DEL PAGO EFECTIVO, de suerte que al mantenerse el rubro pertinente en esta unidad de medida preserva el valor nominal del efecto devaluatorio producido por los factores macroeconómicos que lo han impactado a lo largo del tiempo y garantiza la conservación de su poder adquisitivo debidamente actualizada hasta el momento preciso de su cancelación.

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

De otro lado, advierte este Estrado que en este caso no se probaron al menos sumariamente, como debe hacerse, las situaciones que harían viable la condena por daños morales objetivados cuando el Estado o una entidad jurídica es víctima de un delito⁶⁰.

Sin embargo, es menester instar a la UGPP o a la entidad que hace sus veces a fin de que respete las garantías fundamentales con miras a no violar el principio *non bis in ídem* de cara a la posibilidad de ejecutar la condena en perjuicios aquí decretada y/o ejercer los descuentos directos por nómina que eventualmente se adopten o hubieren sido dispuestos por esa entidad, de modo que no lleve a cabo un doble cobro o doble percepción del mismo monto.

En lo que atañe a la condena en costas, expensas y agencias en derecho, se precisa que aun cuando el representante de la parte civil reclamó expresamente condena por el primero de los mencionados rubros, pero no aportó estimación precisa del monto de los gastos irrogados con ocasión del presente trámite, el Juzgado encuentra necesario expresar las siguientes consideraciones de cara a la facultad

⁶⁰ Consultar acerca de este tema el fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de mayo de 2013, en el asunto 40160, con ponencia del H. M. Dr. Javier Zapata Ortiz.

legal oficiosa que le asiste para pronunciarse y tasar únicamente algunos de estos tópicos acorde a lo que ahora se manifestará.

En reciente pronunciamiento dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá el pasado 06 de mayo de 2022, dentro del radicado 11001310401620130002201, siendo ponente la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, en lo que concierne a la potestad judicial de ordenar el pago de las costas procesales adujo que “... Dicho cargo consiste en las erogaciones económicas que debe asumir quien resulta vencido en el juicio, cuya noción comprende las **expensas** sufragadas por la contraparte para adelantar el trámite -tales como gastos de notificación, peritos, copias, pólizas, etcétera- y las **agencias en derecho** -que conciernen al reintegro de los honorarios que pagó el sujeto ganador al abogado para agenciar sus intereses-”.

Esa H. Corporación analizó los alcances de los artículos 56 ritual penal, el 365 del CGP, especialmente el numeral 8, junto a su precepto 366, enfatizando sus numerales 3 y 4, y un aparte de la sentencia de unificación fechada el 6 de agosto de 2019, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado 15001-33-33-007-2017-00036-01 (AP)REV-SU, y concluyó que “las **expensas** deben probarse en la actuación, mientras que las **agencias en derecho** se entienden producidas siempre que hay intervención judicial vencedora, por la llana razón de que obrar como parte en un litigio exige dedicación y tiempo -ya sea mediante apoderado o en causa propia-; factores que han de ser compensados por el decisor”.

Ahora, de regreso al presente asunto se advierte la necesidad de pregonar el mismo aserto que en aquella oportunidad adujo el Tribunal en cita cuando manifestó “En el sub iudice, no se avizora ninguna actividad tendiente a demostrar la causación y quantum de las expensas, de donde se sigue su falta de comprobación”, de modo que **este Estrado no impondrá al acusado en este caso cancelar expensas.**

No empece lo anterior, y ahora de cara al punto de las agencias en derecho, siguiendo los lineamientos de la decisión que se invoca, se memora que la mencionada H. Colegiatura precisó con apoyo en los Acuerdos pertinentes emanados del H. Consejo Superior de la Judicatura, la perentoriedad de disponer su pago “... habida consideración de que estas indefectiblemente se tasar en favor de la parte triunfante, a fin de compensar su esfuerzo y dedicación en el proceso; labor que por mandato del art. 366 del C.G.P. está en cabeza del **juzgado que haya conocido del proceso en primera instancia**, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las reglas establecidas en el mentado canon”.

En este orden, el Juzgado debe recordar que el canon 56 litúrgico y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, son claros al establecer que conceptos propios de la figura que se examina han de ser acreditados dentro del proceso, en cuyo caso su liquidación se deberá hacer cuando se encuentre ejecutoriada la decisión donde se ordenaron, como lo sostuvo esa Alta Corporación en sentencia de 13 de abril de 2011, emitida dentro del 34145, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

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

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

NOTIFICACIONES

Dado que algunos de los sujetos procesales residen en diferentes municipios del país, es necesario decretar, en garantía a los derechos de la defensa y debido proceso, que la notificación de la presente sentencia a quienes no tienen domicilio en esta ciudad o no pueden comparecer directamente al Despacho, se efectuó 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 y en archivo digital soportado en disco óptico.

Para dicho cometido se concede a los Juzgados Penales comisionados, los cuales precisará la secretaría en los Despacho respectivos, el término perentorio de cinco (5) días 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 a los Juzgados Penales comisionados 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 esta providencia, 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 trasmisión 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 declaratoria de prescripción planteada por la defensa del procesado **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**, acorde a las razones esbozadas en las consideraciones respecto de la deficiencia de la formulación.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción de la acción penal respecto del reato de peculado por apropiación simple tentado asociado con el

trámite judicial adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla en favor del procesado **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**.

TERCERO: CONDENAR al señor **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**, de condiciones civiles y personales yacentes en el expediente, a título de **DETERMINADOR** de los **DELITOS DE PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO SUCESIVO CON PECULADO POR APROPIACIÓN SIMPLE**, a la pena principal de **OCHENTA (80) MESES Y TRES (3) DÍAS DE PRISIÓN, MULTA IGUAL A CIENTO DIECISÉIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS (\$116´960.848,45), E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL**.

CUARTO: NO CONCEDER la suspensión condicional de la ejecución de la pena al procesado **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**, y, en consecuencia, **EMITIR ORDEN DE CAPTURA** en su contra para el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad una vez en firme este fallo.

QUINTO: CONCEDER el sustituto de la **PRISIÓN DOMICILIARIA** al condenado **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE**, teniendo en cuenta las estimaciones efectuadas sobre el particular en apartes preliminares, la cual deberá garantizar acorde a las precisiones esbozadas en el acápite pertinente de la presente decisión, una vez cobre firmeza esta sentencia.

SEXTO: ORDENAR al procesado pagar la pena principal de multa en el monto y términos indicados en la parte motiva.

SÉPTIMO: CONDENAR al enjuiciado **HERNÁNDEZ MONTEALEGRE** a pagar a favor de la Nación y por medio de la entidad que la representa **los perjuicios ocasionados con los delitos por los cuales ha sido aquí condenado junto a las costas, expensas y agencias en derecho**, según las estimaciones efectuadas sobre el particular en este proveído, así como en las condiciones y plazos indicados en precedencia.

OCTAVO: ADOPTAR como medidas de **RESTABLECIMIENTO DE DERECHO** las determinaciones previstas en el acápite correspondiente acorde a las motivaciones, condiciones, claridades y límites allí expresados.

NOVENO: CONDENAR al procesado **VIDAL ENRIQUE HERNÁNDEZ MONTEALEGRE** a pagar a favor de la parte civil o quien haga sus veces las agencias en derecho, una vez en firme esta decisión y la respectiva liquidación, acorde a las precisiones efectuadas sobre el particular en el aparte pertinente de esta decisión.

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

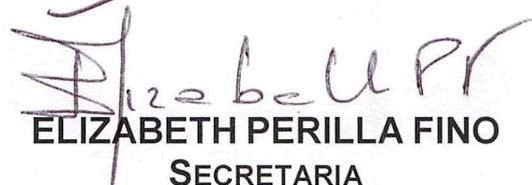
DÉCIMO PRIMERO: INFORMAR que contra este fallo procede únicamente el recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS RAFAEL MÁSMELA ANDRADE
JUEZ



ELIZABETH PERILLA FINO
SECRETARIA