

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

CAUSA: 2021-00021

SINDICADO: ORLANDO JOSÉ CAMARGO

DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN

SUMARIO: 3567

DECISIÓN: PRESCRIPCIÓN Y CONDENA

Sentencia N° 001.

Bogotá, D. C. 31 de marzo de 2023.

I. ASUNTO

Concluida la vista pública con la exhibición de las tesis presentenciales de los sujetos procesales en la presente causa adelantada contra el señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO por el delito de peculado por apropiación, a título de determinador, procede el Despacho a emitir la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

II. HECHOS

Los acontecimientos a partir de los cuales se inicia la presente investigación se circunscriben dentro de dos demandas laborales interpuestas por el señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO en los Juzgados Sexto y Octavo Laborales del Circuito de Barranquilla, contra la Empresa Puertos de Colombia.

La primera actuación se surtió en el citado Juzgado Sexto, dentro de la cual se profirió sentencia en favor del aquí acriminado el 29 de octubre de 1993, condenando a la Empresa Puertos de Colombia al pago de diferencias de cesantías, primas de antigüedad, anticipo de jubilación y salarios moratorios, de la cual se dio cumplimiento mediante Resolución 321 de 1993; fallo que fue revocado el 8 de marzo de 2004 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

El segundo hecho materia de examen concierne al trámite gestionado ante el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla que con sentencia del 7 de junio de 1994, condenó a la Empresa Puertos de Colombia al pago de reliquidación de prima de servicios de 1997 a 1990, proporcional de

servicios y de antigüedad, anticipo de pensión y de cesantía definitiva, pago de salarios moratorios y se estableció nuevo monto de pensión, en este sentido la condenada dio cumplimiento al fallo mediante las Resoluciones 555 y 2198 de 1995 y 746 y 2070 de 1998. Dicho pronunciamiento de primer grado fue revocado el 20 de febrero de 2004 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

ORLANDO JOSÉ CAMARGO, portador de la cédula de ciudadanía 14.197.185 de Ibagué, Tolima, nacido en el municipio de Ciénaga (Magdalena), el 20 de enero de 1945, contando actualmente con 78 años de edad; hijo de Marco Ariza y Manuela Camargo (fallecidos), de estado civil divorciado, padre de cinco hijos; pensionado de la empresa portuaria y residente en la Carrera 22 N° 2 -40, de Aguachica – Cesar, de escolaridad bachillerato incompleto¹.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

La apertura formal de la instrucción se realizó el 28 de enero de 2013², cuando se dispuso vincular al señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO y aducir los medios cognitivos correspondientes.

El procesado rindió indagatoria el 14 de enero de 2014³.

Con proveído de 3 de septiembre de 2020⁴, se cerró la instrucción respecto del acriminado y se ordenó correr traslado precalificatorio a los sujetos procesales.

El 28 de mayo de 2021⁵, la Fiscalía 399 Delegada perteneciente a la Dirección Nacional de la Fiscalía especializada contra la corrupción - Grupo de Fiscales FONCOLPUERTOS, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación en contra ORLANDO JOSÉ CAMARGO, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva.

El 30 de julio de 2021⁶, cobró firmeza la acusación.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado, se corrió por ministerio de la Ley el traslado del artículo 400 ritual, se avoco conocimiento el 20

¹ Folio 149 a 152 C.O. 1 del sumario y folio 7 y 103 C.O. 1 de causa.

² Folio 88 y ss, C.O. 1 del sumario.

³ Folio 149 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴ Folio 170 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁵ Folio 231 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶ Folio 288 C.O. 1 del sumario.

de febrero de 2022 y se celebró la audiencia preparatoria el 10 de marzo de 2022⁷, cuando se decretaron algunas pruebas.

Se desarrolló la vista pública en varias sesiones, y el 11 de octubre de 2022⁸, rindió versión bajo interrogatorio el procesado ORLANDO JOSÉ CAMARGO, cuando finalizó la vista y se escucharon los alegatos presentenciales de los sujetos procesales.

Cabe aquí manifestar que se emite el presente fallo teniendo en cuenta que, a pesar de que existen otras 25 causas cuya audiencia pública terminó antes que la realizada en este dossier, y, por ende, no le correspondería en el orden de turnos el momento para dictar sentencia, estima el Despacho que la especial circunstancia que más adelante se expondrá en lo que concierne a la calificación jurídica que realmente corresponde a los hechos, y que revierte en la sensible disminución del lapso prescriptivo, impone de manera justificada modificar los turnos de que trata el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a fin de evitar que las imprecisiones del ejercicio de encuadramiento típico endilgables a la precariedad del estudio efectuado por la Fiscalía lesionen la actuación con la materialización del fenómeno extintivo de la acción penal denominado prescripción.

V. ACUSACIÓN

Como se dijo, Con proveído de 28 de mayo de 2021, la Fiscalía 399 Delegada perteneciente a la Dirección Nacional de la Fiscalía especializada contra la corrupción - Grupo de Fiscales FONCOLPUERTOS, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación en contra ORLANDO JOSÉ CAMARGO, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva; y adoptó las determinaciones ya señaladas.

El ente persecutor estimó que del acervo probatorio se desprende que el aquí acriminado incoó mediante varios apoderados múltiples demandas con las que se iniciaron procesos ordinarios adelantados por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, que ordenaron mediante sentencias y mandamientos de pago la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de salarios moratorios y/o el reajuste de la mesada pensional que constituyen erogaciones ilícitas de las arcas estatales sin ningún sustento jurídico ni fáctico; providencias judiciales que fueron conciliadas, y pagadas mediante resoluciones administrativas, a lo que agregó que las sentencias canceladas fueron revocadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por lo que mediante resolución

⁷ Folio 15 C.O. 1 de causa.

⁸ Folio 40 C.O. 2 de causa.

del GIT se revocaron las referidas decisiones administrativas y se dispuso el reintegro de \$94.729.673,65.

Al respecto, señaló que el sindicato con sus actuaciones logró el reconocimiento de conceptos laborales sin fundamento jurídico y fáctico, máxime cuando el exportuario, representado por diferentes togados, fue debidamente liquidado en sus prestaciones sociales y pensión al momento de sus retiros.

Finalmente, dijo que la responsabilidad a título de dolo del acusado está acreditada por cuanto él conocía la ilegalidad de los hechos constitutivos de la infracción; y, aun así, voluntariamente decidió acudir ante la jurisdicción ordinaria y/o ante la administración pública mediante reclamaciones judiciales y administrativas, contrarias a derecho, motivo por el cual deberá responder por el reato de peculado por apropiación.

VI. ALEGACIONES CONCLUSIVAS

Los sujetos procesales que intervinieron en la diligencia de audiencia pública presentaron las manifestaciones finales que se sintetizan en los siguientes términos:

FISCALÍA

El representante del órgano persecutor deprecó fallo condenatorio, toda vez que conforme a las pruebas que obran dentro del expediente se tiene certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado conforme al artículo 232 ritual.

Luego de relatar los antecedentes de la causa, indicó que se encuentra acreditado que el exportuario procesado presentó varias reclamaciones judiciales y administrativas contra FONCOLPUERTOS, mediante diferentes abogados, que conllevaron a pagos individuales en sentencias dictadas por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, luego revocadas en grado de consulta.

Adujo que los conceptos laborales deprecados eran ilegales, toda vez que no constituían factor salarial, bien porque no fueron cancelados en el último año de servicio, bien porque la empresa liquidó conforme a Ley al acriminado, constituyéndose lo reconocido como contrario a la norma, mucho más cuando se pretermittieron instancias en el cobro de los fallos, como el grado jurisdiccional de consulta.

Concluyó indicando que del acervo probatorio se desprende el conocimiento calificado y privilegiado que tenía el acriminado acerca de las normas legales y convencionales aplicables para la época y, aun mas al haber desempeñado diferentes cargos dentro de la empresa y

hacer parte del sindicato de trabajadores Sindeoterma, comprensión que lo llevó voluntariamente a realizar los hechos motivo de reproche, determinando a los servidores públicos que disponían del erario para lograr su objetivo.

PARTE CIVIL.

La apoderada de la UGPP realizó un recuento histórico de los hechos objeto de examen, señaló la acreditada existencia de las reclamaciones presentadas por el encausado y la ilegalidad de tales actuaciones.

Sostuvo que no contaba con elementos suficientes que le permitieran establecer con certeza el grado de responsabilidad del aquí acriminado, con fundamento en que si bien es cierto es claro el interés del señor CAMARGO en percibir un beneficio económico al iniciar las acciones ante la jurisdicción laboral, este interés, en consideración de la profesional del derecho, no puede tomarse como base para establecer que hay pleno conocimiento sobre la ilicitud del carácter de sus pretensiones.

Manifestó la representante de la UGPP que las afirmaciones expuestas por el acriminado en interrogatorio ofrecen credibilidad en cuanto a que firmó los poderes con el convencimiento de que sus reclamaciones eran legítimas y sostuvo la importancia de tener en cuenta el grado de escolaridad del procesado como marco referencial para la asignación de responsabilidad.

Rogó que se atienda lo pertinente al restablecimiento del derecho y a la declaratoria sin efectos de las actuaciones investigadas y solicitó que de ser declarado culpable el procesado se le imponga el pago de perjuicios correspondiente.

DEFENSA.

Deprecó el defensor se estudie por este el Juzgado lo referente al fenómeno de nulidad, por violación a las garantías fundamentales al debido proceso y la defensa que salvaguardan al acusado. Aseveró que su prohijado ha carecido de defensa técnica, debido a que su anterior abogado renunció al poder conferido por el señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO, en etapa sumarial sin el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 76 del C.G.P., específicamente sin haberle informado de tal situación a su poderdante, vicio de procedimiento que fue evidenciado por la representante del Ministerio Público en etapa instructiva y someramente solventado por el ente represor comunicando la situación al acusado, sin ser esta entidad la llamada a realizar tal notificación, vulneración que se ve materializada en la imposibilidad de

ejercer una adecuada defensa y que se evidencia, por ejemplo, en que no se apeló la resolución de acusación.

El apoderado solicitó sentencia absolutoria, comoquiera que el ente acusador no acreditó debidamente la existencia del dolo por parte su protegido. Adujo que la Fiscalía no probó que el acriminado hizo nacer la idea criminal a los servidores públicos, al no existir en el expediente prueba de comunicación, acuerdo, constreñimiento o cualquier otro medio que acreditare la supuesta determinación efectuada por el encausado.

Adujo que su prohijado procedió a suscribir el poder de buena fe para lograr las acreencias a las que su abogado en ese momento le manifestó que tenía derecho.

Ante las afirmaciones de la Fiscalía, respecto de la información privilegiada y conocimientos técnicos en materia de normas jurídicas y convencionales, objetó el defensor que el acusado nunca fue directivo sindical, y no cuenta con un nivel de escolaridad que le permita discernir sobre asuntos jurídicos. Asimismo, frente a lo dicho respecto del aprovechamiento del acusado del caos existente en FONCOLPUERTOS, para desplegar su actuar delictivo, asegura el letrado que para las fechas en las que se profirieron las sentencias acá investigadas no se registraba tal caos administrativo, al punto que aún no existía la mencionada entidad, lo que se evidencia en que tanto en las sentencias como en los actos administrativos se hace referencia es a la Empresa Puertos de Colombia y no a Foncolpuertos como asegura la Fiscalía.

En ese orden, el defensor suplicó fallo de carácter absolutorio y solicitó que en caso de que se emita decisión desfavorable a sus intereses, le sea concedida la prisión domiciliaria a su mandante, en el entendido de que se trata un adulto mayor, que es sujeto de especial protección y no representa un peligro para la sociedad al contar con arraigo familiar.

Finalmente, solicitó prescripción de la acción penal por haber transcurrido más de 20 años desde los hechos que dieron origen a la investigación, teniendo en cuenta que la fecha de las sentencias que se recriminan en esta causa datan del 29 de octubre de 1993 y del 7 de junio de 1994 y los actos administrativos se remontan a los años 1993, 1995 y 1998 respectivamente.

VII. CONSIDERACIONES

Visto que el presente caso se encuentra para emitir sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de la conducta punible de peculado por apropiación en las condiciones de la acusación de primer grado, de conformidad con lo establecido en los artículos 77 y 83 del CPP

y el Acuerdo PSAA13-9987 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de septiembre de 2013, mediante el cual se asigna el conocimiento exclusivo para adelantar procesos en temas de FONCOLPUERTOS, este Despacho está habilitado para pronunciarse de fondo sobre el particular.

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

Previo a entrar en el estudio del material suatorio que compone el presente expediente, de cara a los principios de prioridad y necesidad se hace pertinente analizar lo referente a los cuestionamientos realizados por la defensa en torno de la posible ocurrencia de la presunta pérdida de vigencia de la acción penal por prescripción, y, de no ser así la supuesta concreción de un vicio nulitorio.

1. De la prescripción de la acción penal.

Cabe aquí señalar que a pesar de que la defensa solicitó al Despacho pronunciarse sobre el particular mencionando algunos datos sobre supuesta época de ocurrencia de los hechos y el término superado de más de 20 años teniendo en cuenta la firmeza del llamamiento a juicio, con plena certeza se palpa que en manera alguna expuso la argumentación jurídica completa para ese cometido, toda vez que, por ejemplo, no efectuó análisis respecto de la norma sustantiva aplicable al caso, los extremos temporales, y si, entre otros pormenores ausentes, el comportamiento tuvo o no impactos económicos sobre el erario extendidos en el tiempo, lo cual muestra que el sustento de la deprecación aviene lacónico, situación que impone negar el ruego.

No obstante, el Juzgado se pronunciara de oficio sobre este tema, de forma que para resolver lo propio, observa el Despacho que las reglas 83, 84 y 86 del CP 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, y 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 86⁹ del CP establece que éste se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

⁹ 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

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”.

De entrada es menester señalar que al momento de formular la acusación la Fiscalía, de manera precaria, examinó los hechos y los entendió, sin que mediara un razonamiento fáctico y jurídico que así lo impusiera, como si todo el plexo de los hechos se tratara de un único acontecimiento, cuando es claro y salta de bulto a la vista que el comportamiento enrostrado está compuesto por dos hechos autónomos y diferentes, lo cual hacía imprescindible examinar las conductas por separado y cerciorarse, al menos, cuál era el encuadramiento típico de cada una de cara a su objeto y cuantía, y si la acción penal había prescrito o no, temática que con demostrada desidia del órgano persecutor quedó al margen de todo escrutinio satisfactorio.

Advertido, pues, que se está ante dos comportamientos distintos, y aunque lo pertinente hubiere sido, en principio, palpar la presencia de un concurso material homogéneo de conductas peculadoras, lo cual no detalló la Fiscalía, es menester, ante el apremio y la primatura del derecho penal sustancial, estudiar tales hechos de manera separada ante los baremos que gobiernan el instituto de la prescripción de la acción penal.

Asimismo, ante la pluralidad de eventos configuradores de los hechos aparentemente delictivos y la relevancia de las fechas y montos que cada reclamo comportó, se considera indefectible precisar la normativa que gobernará el estudio de vigencia de la acción penal, con arreglo al principio de legalidad descrito en el canon 6° de la Ley 599 del 2000; exploración que se efectuará identificando los actos en el tiempo.

Entonces, respecto del fallo emitido por el Juzgado Sexto Laboral de Barranquilla el 29 de octubre de 1993, se tiene que fue cancelado mediante la resolución **321** de 16 de diciembre de 1993, que según la pruebas aportadas y recaudadas no tuvo efectos extendidos en el tiempo y se contrajo a un único pago por un valor de **\$21.208.313,76** equivalentes a 260,19 SMLMV del año 1993, cuando éste correspondía a \$81.510. Se destaca que este evento fue ejecutado mientras regía el

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.”.

Decreto Ley 100 de 1980, variado por la Ley 43 de 1982, sin la modificación del precepto 19 de la Ley 190 de 1995, que establece la sanción a aplicar en los hechos investigados en los que se desplegaron y cesaron sus efectos jurídicos y económicos antes de la entrada en vigencia de la Ley 190 de 1995, implantando los límites punitivos de 10 años para el delito simple y 15 para la conducta agravada, particularidad que cobija el evento bajo examen, las cuales también son imponibles al determinador acorde al canon 23 del extinto código represor y 30 del vigente.

Entonces, el lindero superior contemplado como pena privativa de la libertad para este supuesto reato peculador agravado, como se dijo en precedencia, es de 15 años, lapso que enmarca para este estudio el término de prescripción, comoquiera que el hecho endosado a ORLANDO JOSÉ CAMARGO supera la cuantía de \$500.000 de entonces.

Para acometer el aludido estudio debe tenerse en cuenta que la resolución de acusación cobró ejecutoria el **30 de julio de 2021**, data desde la cual se contabilizarán 15 años hacía atrás, que supone la fecha de **30 de julio de 2006**, calenda que claramente trasciende el **31 de diciembre de 1993**, cuando se consumó este hecho relacionado con el acriminado, de modo que para cuando el calificadorio sumarial adquirió ejecutoria la acción penal pertinente había prescrito hacía mucho tiempo, lo cual no fue óbice para que la Fiscalía, cuyos criterios de estudio se desconocen y no resultan ajustados a la debida justicia que ha de impartirse a la ciudadanía, acusara al procesado por esta conducta.

Por manera que el Juzgado, de oficio y por obligación de Ley, de cara a la falta de estudio sesudo de órgano instructor, declarará la prescripción parcial de la acción penal por el hecho asociado al fallo expedido por el Juzgado Sexto Laboral de Barranquilla el 29 de octubre de 1993, y con la resolución **321** de 16 de diciembre de 1993, y dispondrá la consecuente cesación parcial de procedimiento acorde al canon 39 ritual.

Es oportuno referir que la declaración a la que se acaba de aludir no es impedimento para que los hechos aquí acreditados como históricos que componen la base fáctica del reato sean tenidos en cuenta para otros pormenores como, por ejemplo, el establecimiento de la modalidad conductal o del comportamiento del acriminado, de algunos elementos de su subjetividad y el restablecimiento del derecho.

Superado lo anterior, se acomete el estudio pertinente al siguiente hecho, el cual se vincula con la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla el 7 de junio de 1994, cancelada mediante las resoluciones **555** de 15 de marzo de 1995, **2198** de 12 de octubre de 1995, **746** de 07 de mayo de 1998 y **2070** de 20 de mayo de 1998, que conforme al memorando 1661 de 28 de octubre de 2010, cuyo valor ascendió a

\$72.949.023,86 que atañen a 141,64 SMLMV del año 2010, cuando dicha unidad era igual a \$515.000.

Para ese entonces regía el Decreto Ley 100 de 1980, modificado ya por la Ley 190 de 06 de junio de 1995. No empece, en lo que toca al punible de peculado por apropiación, es el artículo original 397 del CP actual 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 del año 1995. A ello se agrega que, a pesar de que las actuaciones judiciales y administrativas que componen este reato investigado tuvieron efectos jurídicos y económicos hasta el año 2010, cuando ya regía en Colombia la Ley 890 de 2004 con sus aumentos punitivos, no es viable jurídicamente aplicarlos, motivo por el cual, como se anunció, la preceptiva represora aplicable es el canon 397 primigenio de la Ley 599 de 2000.

De hecho, se detalla 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 última normativa que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2005, a la par de la Ley 906 de 2004. Así, se otea que no resulta aplicable el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia en los radicados 50472 de 21 de febrero de 2018 y 55382 de 09 de octubre de 2019, válido únicamente para casos de aforados constitucionales por infracciones acaecidas con posterioridad a la entrada en vigencia de Ley 906 de 2004, 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.

Entonces, se atisba que no se cumplen las exigencias de Ley y de doctrina para que se haga admisible el incremento punitivo contemplado en el mandato 14 de la citada Ley 890.

Bajo este entendido, se advierte que lo apropiado por ORLANDO JOSÉ CAMARGO se equipara a 141,64 SMLMV del año 2010, y, por tanto, no sobrepasa los 200 SMLMV, al ascender el valor arriba mencionado, por lo que la conducta peculadora conserva la calidad de delito simple, y comporta sanción de 4 a 15 años de prisión, la cual también es imponible al determinador acorde al canon 23 del extinto código represor y 30 del vigente.

Por tanto, el término máximo de sanción privativa de la libertad imponible en el caso del reato simple, que es el que gobierna el lapso prescriptivo de la acción penal, es de 180 meses, que equivalen a 15 años, lapso que respeta el límite del canon 83 del CP.

Ahora, acerca de la época desde la cual ha empezarse a calcularse el lapso prescriptivo, la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá¹⁰ ha manifestado:

“...que tratándose del delito de peculado por apropiación, para efectuar los cómputos de prescripción, si lo ilícitamente apropiado se realiza a través de diversas acciones o de manera fraccionada o periódica, debe partirse de la última actuación perpetrada...”

Visto, entonces, que en este caso la ejecutoria de la resolución de acusación se cristalizó el **30 de julio de 2021**, y que el período prescriptivo corresponde a 15 años, no ofrece duda que al aplicar hacia el pasado esta cifra, se arriba al **30 de julio de 2006**, de donde emerge que para que en este caso se hubiere materializado el fenómeno de la prescripción, era necesario que el procesado hubiese llevado a cabo el último accionar materia de imputación o que sus efectos hubieren cesado al menos un día antes de esta fecha.

Luego, del examen del expediente y de los hechos indicados por la Fiscalía emerge que frente a este último hecho no se cristalizó el fenómeno extintivo de la acción penal, comoquiera que el reajuste de la mesada pensional ordenada por la resolución 2198 de 12 de octubre de 1995, surtió repercusiones jurídicas y económicas hasta el 31 de diciembre de 2010, cuando se expidió la resolución 1903 que suspendió tales efectos y decretó la devolución de los montos cancelados por dicha revocatoria junto con el ajuste de la mesada pensional, de modo que entre el 31 de diciembre de 2010 y el 30 de julio de 2021, no trascurrió un tiempo igual ni superior a 15 años, lo cual ratifica que la acción penal por este presunto ilícito no feneció en etapa sumaria ni tampoco en la de causa, ya que desde la firmeza del llamamiento a juicio y la fecha de este determinación no ha pasado la mitad de 15 años, razón por la cual el estudio asociado a la presunta responsabilidad sólo podrá girar en torno de este acontecimiento.

2. De la solicitud de nulidad.

En desarrollo de la vista pública, el defensor ORLANDO OSORIO OROSCO solicitó nulidad por ausencia de defensa técnica y violación del debido proceso. Indicó que el entonces abogado del acriminado renunció al poder sin el cumplimiento de las formas consagradas en el artículo 76 del C.G.P. dejando a su prohijado sin posibilidad de ejercer su derecho a la defensa.

¹⁰ Radicación 1001310401520110017901 Ana Leónidas Álvarez de Granados y Otros. Peculado por apropiación. Ver también radicado 34359 del 26 de julio de 2010 M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero; Casación 35964 del 13 de abril de 2011 M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez; Radicado 35755 del 13 de julio de 2011 M.P. José Luis Barceló Camacho.

Para resolver lo pertinente tiene en cuenta el Juzgado que de acuerdo con los cánones 306, 309 y 310 instrumentales, la falta de competencia del funcionario judicial, los vicios de trámite que resquebrajan la estructura del proceso penal o de garantías que afectan las prerrogativas fundamentales y legales de los sujetos procesales, invalidan la actuación y así debe declararse, siempre que se acredite la existencia de las irregularidades sustanciales, que éstas no puedan ser corregidas de otra manera y la situación se ajuste a los principios orientadores consagrados por la Ley¹¹, los cuales se conocen con los nombres de taxatividad, subsidiariedad, trascendencia, convalidación, instrumentalidad de las formas, protección y postulación, y deben acatarse tanto por el sujeto procesal que reclama la nulidad como por el funcionario judicial que decide aplicarla en cuanto se trata de una medida remedial y extrema para subsanar el proceso penal.

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

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

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

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

¹¹ **“ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACIÓN.** 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa. // 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. // 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. // 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. // 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. // Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia. // 6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo...”

“... la principalística que gobierna las nulidades en el proceso penal, en síntesis, impone a quien propone una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), el deber de argumentar de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas), demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia), acreditar que el sujeto procesal no haya coadyuvado con su conducta a la configuración del acto irregular (principio de protección) o lo haya convalidado con su consentimiento (principio de convalidación), siempre que se observen las garantías fundamentales”¹² (enfatisa este Estrado).

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

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

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

Cabe igualmente recordar que el letrado OSORIO OROSCO alega como causal de la nulidad el desconocimiento del debido proceso y el derecho a la defensa, ante lo cual es menester también recordar que de conformidad con la doctrina jurisprudencial emanada del máximo Juez Penal colombiano, no es admisible en derecho alegar sobre un mismo sustento fáctico procesal la vulneración del debido proceso y el derecho a la defensa, comoquiera que corresponden a prerrogativas diferentes y, por ende, no puede proponerse de manera conjunta sobre un mismo hecho para rogar la invalidez, habida cuenta de que el debido proceso está relacionado con la aplicación de las debidas formas del trámite y, por tanto, su vulneración corresponde a un resquebrajamiento del diligenciamiento; en tanto que la conculcación del derecho a la defensa mira al atropello dirigido contra las otras garantías. Así, el vicio o

¹² Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Radicado 11135.

irregularidad atentatoria contra el debido proceso ha de referirse respecto del desconocimiento de las etapas y estadios procesales, o de las solemnidades que reclaman las diligencias; mientras que el que desconoce el derecho a la defensa se refiere a la vulneración de las garantías. De allí que al primero se le conoce como vicio de procedimiento o *in procedendo* y al segundo vicio de garantías. Razones por las cuales no es admisible invocarlos de manera conjunta.

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

“... resultan acertadas las glosas del Delegado en cuanto al señalamiento de las inconsistencias de orden técnico en que incurre el demandante al aducir simultáneamente la vulneración del derecho de defensa y el debido proceso señalando al mismo tiempo como causales de nulidad las previstas en el artículo 304.2.3 del Código de Procedimiento Penal, ya que aparte de desconocer que éstas también son autónomas e independientes, no resulta lógico ni jurídico que, como aquí procede el demandante, se invoquen simultáneamente bajo el mismo supuesto fáctico y lo que es peor sin ninguna argumentación que permita siquiera precariamente identificar en que se traduce el quebranto al debido proceso y a qué se contrae la lesión al derecho de defensa. (...)”¹³

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

“Se trata de vulneraciones que afectan dos ámbitos suficientemente delimitados y delimitables. Es así como el primero, esto es, la vulneración del debido proceso, constituye un vicio de estructura (falta de competencia, pretermisión de las formas propias del juicio, etc.) y, el segundo, vale decir, el quebranto del derecho a la defensa técnica, comporta un vicio de garantía, características distintivas que imposibilitan

¹³ Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 8 de febrero de 2000. Radicado 12059. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

su invocación conjunta, con fundamento en los mismos supuestos de hecho procesales y con apoyo en las mismas razones críticas".

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

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

En efecto, respecto de la presunta violación por la ausencia de defensa técnica en el proceso, advierte este Estrado que el nulidisciente no demostró afectación a ese derecho ni tampoco al debido proceso, no ajustándose el pedimento a los principios orientadores consagrados en la Ley como el principio de trascendencia, ni tampoco probó cual sería el beneficio que obtendría de la declaratoria de nulidad, máxime cuando no acreditó la falta o ausencia total de defensa de técnica por parte del representante de oficio, guardando silencio acerca de la indebida o incorrecta actuación en derecho del defensor oficioso, aunado que, como ha sido conocido de vieja data en la doctrina emanada del máximo Juez Penal colombiano, la elección de la estrategia defensiva de parte del defensor o la no presentación de peticiones de pruebas, interposición de recursos o de extensos memoriales, entre tantas posibilidades de actuación procesal, en manera alguna configuran la ausencia de defensa técnica, mucho más cuando tal clase de intervenciones son potestativas y no obligatorias.

Ahora, al margen de que el otrora defensor hubiera o no obrado en el sentido pleno del canon 76 del CGP para efectos de renuncia al poder, en nada desdice de la oportuna y debida actuación de la Fiscalía al dotar de defensor de oficio al acriminado, quien tuvo y ha tenido en todo momento la facultad de designar defensor de confianza, de lo que es muestra el hecho de que nombrara a quien ahora lo representa.

A lo anterior se agrega que no se evidencia ninguna afectación al derecho de defensa, ni mucho menos al debido proceso, toda vez que se observa que el acriminado contó con defensa técnica posterior a la renuncia de su abogado de confianza. Así se aprecia en el diligenciamiento, ya que luego de que el abogado JORGE ELIÉCER DURÁN PIÑA presentara su renuncia, la abogada MYRIAM CECILIA MARTÍNEZ FORERO fue nombrada como defensora del procesado a partir de 19 de abril de 2021, togada que se notificó debidamente del pliego de cargos de primer grado, sin interponer recurso alguno.

Se suma a lo expresado que el acusado no mostró a lo largo del diligenciamiento interés por acercarse a la actuación, sino, por el contrario, abandono y desidia, como lo prueba el hecho de que las autoridades judiciales tuvieron que desplegar ingentes esfuerzos para ubicar y citarlo, como efectivamente lo hizo este Estrado, de modo que no puede ahora aparecer como víctima de la actividad judicial cuando es su actitud elusiva lo que se demuestra y lo que convalidó el proceder de la Fiscalía.

Así, el mismo acriminado, por su propia inactividad, se puso en situación de dificultar la tarea de la defensa, y, en efecto, como se deduce, también merece la atribución de que la renuncia al poder no se llevara a cabo con apego total a lo normado en el CGP, por obvias razones que surgen del cúmulo de comunicaciones a él dirigidas y devueltas, y su completa desatención de la investigación, pues, a la luz de las reglas de experiencia, resulta claro que una persona cuya comparecencia es reclamada por acreedores y varios Estrados Judiciales de diversas especialidades de la región Caribe del país, como ha sido probado en este asunto respecto del acusado, no atienda las citaciones que para efectos procesales le son dirigidas y, además, no muestre arraigo permanente en un solo lugar.

Por tanto, se arriba también al aserto de que no puede el llamado a juicio ser beneficiado con una supuesta nulidad cuando brilla incólume su propia incuria y desinterés por cumplir sus obligaciones y por ejercer en todo momento sus prerrogativas procesales potestativas.

Se acompasa lo hasta aquí dicho con lo establecido por el Alto Tribunal en lo Penal, en decisión del 23 de febrero de 2006, bajo el radicado 21427, con ponencia del H.M. Jorge Luis Quintero Milanes, cuando indicó:

“En cuanto a la transgresión del derecho de defensa por falta de defensa técnica, es necesario que el casacionista explique con claridad y de manera sustentada en qué aspectos se concretan las omisiones. Si se hacen consistir en no haber interpuesto recursos ordinarios contra las providencias, no es suficiente postular esta frase de manera genérica. Es indispensable que el demandante individualice las decisiones que era

necesario cuestionar, que en cada caso identifique los argumentos que en su criterio era factible rebatir, y que exponga las razones por las cuales la decisión adoptada tenía que ser sustancialmente favorable a los intereses que representa.

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

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

También se halla oportuno traer a colación lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en sentencia del 31 de enero de 2002, en el radicado 13538, con ponencia del H. M. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, cuando adujo:

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

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

La citada Alta Corporación en pronunciamiento de 12 de diciembre de 2003, al interior del radicado 18474, siendo ponente la H. M. Dra. Marina Pulido de Barón, señaló al respecto:

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

Adicionalmente, dicho máximo órgano en providencia de 02 octubre de 2003, bajo el radicado 20132, con ponencia del M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, refirió que:

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

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

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

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado esté en posibilidad de

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

No se trata en casación de acreditar simplemente que el procesado ha carecido temporalmente de defensor, sino que es necesario, además, que el demandante evidencie de qué manera una tal falencia ha incidido negativamente en la situación del implicado, pues, resulta imperativo mostrar qué pruebas determinantes de la condena se practicaron o allegaron al proceso en ese lapso, como también que en relación con ellas, la actuación procesal posterior no brindó una oportunidad defensiva. Ya lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala y ahora lo reitera: no es dable aducir la invalidez de un proceso por la invalidez misma, puesto que siendo la nulidad el remedio procesal extremo al que se debe acudir, no basta la simple constatación de la irregularidad -en este caso haberse carecido temporalmente de defensor-, para estimar tal circunstancia como razón suficiente y única, demostrativa del conculcamiento del derecho de defensa técnica. - Sentencia de casación del 10 de octubre de 2.000, M.P. Álvaro O. Pérez Pinzón-."

En esta medida, de regreso al caso concreto y acorde a lo informado por el paginario, es diáfano que el aquí acusado tampoco estuvo desprovisto de defensa técnica en la fase instructiva y que la estrategia defensiva por la que hubieren optado sus anteriores representantes, ora de confianza ora de oficio, no puede ser discutida o descalificada por el actual apoderado con miras a acreditar violación al derecho a la defensa, pues, se itera, no es el andamiaje o plan defensivo ideado y/o ejecutado o no por el(los) anterior(es) abogado(s) lo que constituye la conculcación a esa prerrogativa, sino la efectiva y constatada ausencia de defensor en las etapas del proceso, lo cual no se puede juzgar *ex post* y desde el punto de vista u opinión individual de un profesional del derecho, como lo hace el ahora defensor a partir de su criterio particular, sino *ex ante* y como lo ha precisado la jurisprudencia pacífica e iterada de la mencionada Alta Corporación en sus parámetros esenciales.

En este orden, la no interposición de recursos, no es fondo válido para sostener que hubo ausencia de defensa técnica constitutiva de nulidad, más aún cuando no corresponden a actuaciones obligatorias, cuya omisión puede corresponder a una estrategia defensiva, debiéndose acreditar para acudir al remedio extremo de la nulidad un abandono real y sustancial que cause un perjuicio al procesado, lo que, en este asunto, se itera, no se halla demostrado.

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

Así, igualmente aviene diáfano que el petente alega el supuesto yerro sucedido antes de y en el vocatorio a causa, sin establecer su carácter, mérito y valor, aunado a que tampoco refiere los otros elementos de juicio que lo apoyan o desvirtúan, lo que con todo lo hasta aquí considerado reclama negar la nulidad deprecada, sumado a que tampoco explica cuál sería la ventaja o beneficio que de ello obtendría, a no ser alcanzar una reprochable dilación de términos de cara a que la actuación se retrotraería a la fase de sumario para que la prescripción de la acción penal lesione de manera fatal el trámite por el levantamiento de la ejecutoria de la acusación.

Adicionalmente, ante los principios de residualidad, subsidiariedad, convalidación y protección resulta ahora desatinado proponer la nulidad del trámite cuando, aunado a lo ya dicho, las partes pudieron intentar los medios impugnatorios ordinarios con miras a rebatir las decisiones sumariales, sin que hubieran obrado en tal sentido, mostrando con ello el acuerdo con las diligencias y alcance de las mismas, las cuales alcanzaron lícitamente los fines legales para las que fueron creadas y aquí aplicadas.

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

Se agrega a lo anterior que para cuestionar la validez de la actuación adelantada en fase de sumario, incluido el pliego de cargos, se contaba con el lapso de 15 días del traslado común de que trata el canon 400 ritual. De hecho, el Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria Penal en lo tocante a la oportunidad para alegar las supuestas nulidades concretadas en la etapa instructiva ha dicho que¹⁴:

“En la sistemática de la ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el presente asunto, acreditado un error en la calificación jurídica ello conduciría, en principio, a la nulidad que podía adoptarse en cualquier

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, sentencia del 26 de noviembre de 2007, rad. 23068, M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS

momento de la actuación procesal, salvo que sin desconocer el núcleo fáctico de la acusación la situación para el procesado resultara más favorable o como mínimo mantenerla en la misma condición, luego si esa fue la irregularidad que detectó el funcionario de segunda instancia de la fiscalía bien podía remediar el desacierto en tanto que de no hacerlo la solución corría por cuenta del juez.

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

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

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

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

Esta posición ha sido sólida y reiterada, como se desprende del siguiente precedente¹⁵:

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

¹⁵ Proceso 43263 Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. M.P. Eugenio Fernández Carlier, 29 de Julio de 2014.

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

Así las cosas, el Juzgado, a pesar de observar que la petición es extemporánea, negará invalidar la actuación, máxime cuando no se acreditó el vicio alegado y éste no satisface en manera alguna los derroteros de Ley ni tampoco la principalística que gobiernan el instituto bajo examen.

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

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

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra el procesado ORLANDO JOSÉ CAMARGO y que pervive luego de la declaratoria de prescripción parcial de la acción penal, corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación, en el grado de determinador, derivado del reconocimiento de sumas dinerarias producto de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste de pensión y pago de indemnización moratoria, sin ningún fundamento jurídico ni fáctico, originados de un fallo del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla y cancelados a través de varias resoluciones administrativas.

La referida sentencia fue revocada posteriormente por el Tribunal Superior de Armenia y, en consecuencia, mediante resolución del GIT se revocaron las resoluciones administrativas relativas al extrabajador acriminado, así como que se ordenó el reintegro de las sumas canceladas y se ajustó la mesada pensional.

Como ya se anunció, habida consideración de la época en que se desarrollaron los comportamientos a partir de los cuales la Fiscalía edifica la acusación, y de cara al principio de legalidad descrito en el canon 6° de la Ley 599 del 2000, la normatividad aplicable para el peculado por apropiación agravado sería el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, norma vigente por entonces, la cual fue reproducida en su integridad por el artículo original 397 del CP, con una variación que hace a esta última más benéfica que

la anterior, ya que establece que si lo apropiado supera los 200 SMLMV, la sanción pecuniaria no puede exceder los 50.000 SMLMV, tope que no existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la citada Ley 190. Así, frente al principio de favorabilidad, la norma aplicable a este asunto es el artículo primigenio 397 del actual CP, el cual dispone:

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

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

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

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

Se tiene acreditado que el señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO prestó sus servicios en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, ingresó el 8 de junio de 1971, y se retiró el 1 de noviembre de 1990, ocupando como último cargo el controlador de equipo terrestre¹⁶.

Está probado que ORLANDO JOSÉ CAMARGO otorgó poder, entre otros, al togado RAFAEL VILLALBA HODWALKER para lograr la condena contra FONCOLPUERTOS “... por concepto de reajuste de las primas de servicio de los años de 1987 a 1990, primer y segundo semestre, reliquidación de las prestaciones sociales definitivas (cesantías, vacaciones y prima de vacaciones proporcionales, prima de antigüedad proporcional, prima de servicio proporcional, pensión de jubilación), se condene a la empresa al pago de la sanción moratoria (salarios caídos), costas, agencias en derecho y ultra y extra petita”¹⁷.

Con dicho mandato, se presentó demanda ordinaria laboral¹⁸ que culminó en la sentencia dictada el 7 de junio de 1994¹⁹ por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó a FONCOLPUERTOS

¹⁶ Folio 161, anexo magnético N° 3, C.O. 1 de causa.

¹⁷ Folio 7, anexo magnético N° 6, C.O. 1 de causa.

¹⁸ Folios 14 y ss, C.O. 1 de sumario.

¹⁹ Folios 14 y ss, C.O. 1 de sumario.

pagar la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y los salarios moratorios, con fundamento en que se le descontaron 1 mes y 3 días de salario de manera injustificada (27 días por huelga y otros por permisos) y que no se le incluyeron las primas de servicios correspondientes al primer y segundo semestre entre 1988 y 1990 dentro del total de lo devengado en cada uno de los años de servicio para la liquidación de sus prestaciones sociales, generando una reliquidación en las vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, y sus proporcionales, la prima de servicios proporcional y las cesantías.

Así, se libró mandamiento de pago por valor de \$34.064.438,00, cancelado mediante resolución 555 del 5 de marzo de 1995²⁰.

De la misma forma, con base en dichas providencias, mediante resolución 2198 de 12 de octubre de 1995²¹, el entonces Director de FONCOLPUERTOS, HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ordenó modificar la mesada pensional del acriminado a la suma de \$1.106.549,00 a partir del 1 de octubre de 1995, y ordenó el pago de diferencias pensionales correspondientes al encausado por la suma de \$2.090.710,00.

En el memorando 1661 de 28 de octubre de 2010, el GIT²² señaló que “... se aprecia en el comportamiento de la mesada pensional, **el monto de la pensión se modificó** como consecuencia del fallo emitido en primera instancia, mediante la sentencia del 7 de junio de 1994, proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla”.

Adicionalmente, se tiene que mediante resolución 1635 de 31 de julio de 1996, se ordenó modificar nuevamente la mesada pensional del señor CAMARGO a la suma de \$1.932.205,00 a partir del 1 de julio de 1996, y el pago de diferencias pensionales por la suma de \$28.151.350,00, valor total de la resolución²³.

Posteriormente, mediante resolución 746 de 7 de mayo de 1998²⁴, previa conciliación, se ordenó un pago a favor del aquí encausado por concepto de salarios moratorios y agencias en derecho por la suma de \$9.800.000,00, cancelados mediante resolución 2070 de 20 de mayo de 1998 (colectiva)²⁵.

No obstante, el Tribunal Superior de Armenia actuando en sede de consulta y con providencia del 20 de mayo de 2004²⁶, revocó la mentada sentencia 28 de febrero de 1996 proferida por el Juzgado 8 Laboral del

²⁰ Folios 14 y ss, C.O. 1 de sumario.

²¹ Folio 21 y ss, C.O. 1 del sumario.

²² Folios 7 y ss, C.O. 1 del sumario.

²³ Folios 10 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁴ Folio 30 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁵ Folio 11 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁶ Folios 163 y ss, anexo magnético N°6, C.O. 1 de causa.

Circuito de Barranquilla, y, en consecuencia, absolvió a FONCOLPUERTOS. Bajo el entendido de que los descuentos realizados al extrabajador correspondieron a deducciones legalmente realizadas por la demanda (por huelga y por permisos no remunerados).

Entonces, con fundamento en aquel fallo de consulta, a través de la resolución 001903 del 31 de diciembre de 2010²⁷ el GIT del Ministerio de la Protección Social revocó parcialmente en lo que mira al aquí acusado los efectos jurídicos y económicos de las referidas resoluciones 555 y 2198 de 1995 y 746 y 2070 de 1998; ajustó la mesada pensional y ordenó reintegrar la suma de \$94.729.673,65²⁸.

5. Materialidad de las conductas punibles objeto de juzgamiento.

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

Reliquidación de la prima (proporcional) de servicios (“prima sobre prima”)

El concepto de “prima sobre prima” 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 (...)

²⁷ Folios 1 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁸ Folios 1 y ss, C.O. 1 del sumario.

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

ARTICULO 307. CARACTER JURIDICO. 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, 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"*²⁹.

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 período 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 sustento 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 interpretación utilizada para la liquidación de la prima de diciembre, y que aviene inadmisibile

²⁹ Para el caso de la Convención Colectiva que rigió para los años 1987-1988 este artículo es el 92.

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. Percipĕre.) 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. vindicāre, 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 1º 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 tomada en cuenta al momento de la liquidación de dicha prestación social.

Adicionalmente, 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 reconocer la "*prima sobre prima*" con base en el artículo 102 convencional de forma directa, mediante la sentencia del 7 de junio de 1994 y el mandamiento de pago de 22 de julio de 1994 emitidos por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, junto con las resoluciones, 555 y 2198 de 1995 y 746 y 2070 de 1998 que les dieron cumplimiento, y, por tanto, no era conforme a derecho derivar reliquidaciones o diferencias en el pago de conceptos, como el pago de diferencias en las mesadas pensionales y la indemnización moratoria, entre otros.

Reliquidación indebida de prestaciones sociales, mesada pensional y pago de indemnización moratoria por la no inclusión al retiro de días realmente no laborados por huelga.

Encuentra el Despacho que frente al comportamiento acaecido con las providencias emitidas por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, se dispuso la reliquidación de diversas prestaciones sociales, el reajuste pensional, así como el pago de indemnización moratoria sin soporte fáctico ni fundamentación jurídica, producto del reconocimiento de días no laborados por el exportuario por huelga o por permisos no remunerados.

El decreto 2127 de 1945 en su artículo 44 numerales 4 y 8, así como en el canon 46, normatividad que gobierna las relaciones laborales en el sector público y que son paralelas a las que imperan en el privado, como se ve en el precepto 51 numerales 4 y 7, y 53 del CST, 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".

Es así que el empleador está facultado legalmente para descontar 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 lado, el patrono no está obligado a cancelar los salarios.

Por esta vía el empleador, en los eventos de huelga, no está obligado a pagar salarios o conceptos, aun cuando la misma fuere lícita, según el precepto acabado de transcribir, ni mucho menos si la suspensión colectiva del trabajo es declarada ilegal, de modo que el descuento por días de huelga es justificado, por no existir causa que sustente la falta al trabajo.

También ha de apreciarse que los pagos a los empleados públicos y trabajadores oficiales deben ser por servicios 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 o las licencias o permisos no remunerados 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 computo, por ejemplo, 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 la pensión de jubilación y las prestaciones sociales, así como ordenar cancelar indemnización moratoria, sustentadas en la inclusión de días no laborados por huelga, permisos o licencias no remuneradas y/o faltas, comporta un reconocimiento de unas sumas sin ningún soporte y fundamentación jurídica, e implica un detrimento patrimonial injustificado para las arcas estatales.

En el caso en concreto, es claro que la providencia judicial proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla junto con las resoluciones que le dieron cumplimiento, reconocieron sin ningún fundamento los referidos conceptos laborales, producto de incluir en la liquidación días que habían sido descontados por FONCOLPUERTOS producto de ausencias originadas por 29 días de huelga y permisos no remunerados, y, en consecuencia, generando una acreencia inexistente a cargo de la Nación, que conllevó a la diferencia en el monto a pagar producto de dichas prestaciones sociales, y de la pensión de jubilación así como de la indemnización moratoria, sin que adicionalmente se hubiere demostrado la mala fe del empleador.

Así las cosas, dicha indebida inclusión de días no laborados generó un efecto en cadena al producir la reliquidación de diversas prestaciones sociales, la pensión de jubilación y el pago de la indemnización moratoria, sin fundamento alguno.

Sentencia supuestamente ejecutoriada sin surtir el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

Pese a que para ese período regía la disposición 69 del CPT, los precedentes jurisprudenciales estructuradores y pertinentes corresponden al fallo adoptado por la Sala de Casación Laboral el 19 de octubre de 1999, en el caso 12158, con ponencia del H. M. Dr. Rafael Méndez Arango; y a la sentencia SU-962 expedida por la Corte Constitucional el 01 de diciembre de 1999, siendo ponente el H. M. Dr. Fabio Morón Díaz, última providencia que unificó en sede de tutela la doctrina de la guardiana de la Carta sobre el particular, de la cual se estima oportuno citar el siguiente aparte:

*“(…) Ante tan claras disposiciones, a juicio de la Corte no hay ninguna duda acerca de la obligatoria aplicación del artículo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitación de la consulta de las sentencias de primera instancia que sean total o parcialmente adversas a **FONCOLPUERTOS**, toda vez que el pago de las acreencias reconocidas estaría a cargo de la Nación, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de **COLPUERTOS** y de **FONCOLPUERTOS**, según lo dispusieron, en*

particular, la Ley 1ª de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto-Ley 1689 de 1997.
(..)".

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

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

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

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

Sobre este tópico, la Corporación encuentra que para los años 1997 y 1998 no era unánime la posición doctrinal y jurisprudencial sobre tales aspectos, por cuanto la naturaleza jurídica de establecimiento público otorgada por el Decreto Ley 36 de 1992 al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, no encajaba en el tenor literal del artículo 69 del Código Procesal Laboral, situación que generó variadas interpretaciones. En efecto, el canon legal preveía: 'Además de estos recursos existirá un grado jurisdiccional denominado de consulta. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.'

Sólo con la emisión de la sentencia No. 12158 de octubre 19 de 1999 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se unificaron criterios en el sentido de que el grado jurisdiccional de consulta, no obstante su carácter de establecimiento público, debía ser concedido a favor de FONCOLPUERTOS³⁰, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

³⁰ En el mismo sentido, las sentencias de la Sala Laboral de la Corte del 5 de diciembre de 2001, Rad. 17222, del 25 de enero de 2002, Rad. 17216, del 13 de abril de 2011 radicado 35854, del 16 de marzo de 2011 radicado 35839, crean así la certeza de la existencia de una línea jurisprudencial por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

Acompasando estos lineamientos con los eventos materia de estudio, no ofrece duda que la sentencia emitida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, surgió mucho antes del 19 de octubre y 01 de diciembre de 1999, para cuando se esclareció el tema relativo a la obligatoriedad de ejercer el grado jurisdiccional de consulta respecto de los fallos adversos a COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra el acusado por el hecho de que para la época de emisión de la sentencia no se tuviera la definición en la jurisprudencia nacional sobre la perentoriedad del ejercicio del grado oficioso de revisión comentado, sumado a que el sometimiento de la actuación al mismo no corresponde a un deber atribuido por Ley a la parte actora, sino en principio a la judicatura por tratarse de un trámite oficioso, que para ese momento, se recuerda, tenía en duda su obligatoriedad.

Ahora, ciertamente la sentencia emitida en primera instancia por el aludido Juzgado Laboral, siendo contraria a los intereses de

FONCOLPUERTOS, cuando aún no era palmaria la perentoriedad de su sometimiento al grado jurisdiccional de consulta según las providencias de la Sala de Casación Laboral y de la H. Corte Constitucional arriba enunciadas, y, por ende, no resulta penalmente reprochable al acriminado que se hubiere considerado, en gracia de discusión, que habían adquirido firmeza luego de no ser apeladas por la parte vencida, ni era imprescindible aplicarles dicho trámite oficioso por no reputarse necesario.

No obstante, el hecho de que tal fallo no fuera impugnado en alzada, se hubiere desistido de la apelación, o ese grado de revisión oficiosa no se realizara en el tiempo oportuno sino mucho después, condujo a que la erogación dineraria a cargo del Estado fuera ordenada sin que efectivamente la judicatura valorara mediante la actividad del Juzgador de segundo nivel la legalidad de las pretensiones y del fallo, facilitando así la puesta en peligro efectivo del erario.

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

También resulta cierto que, en torno de la reclamación que culminó con la referida sentencia y su consecuente mandamiento de pago, como ya se analizó, aviene libre de hesitación que el demandante carecía del derecho material para recibir los conceptos en las cantidades pretendidas, y que las revocatoria de la sentencia ponen de presente que la misma era lejana al derecho, situación de la cual surge sin temor a equívocos la conclusión de que las acreencias que se ordenaron pagar, no eran ajustadas al ordenamiento normativo; hecho que, por contera, conduce indefectiblemente a pregonar que la obtención de tales resultados jurídicos y económicos avienen abiertamente constitutivos por vía objetiva de comportamientos típicos y antijurídicos de peculado por apropiación.

De la doctrina decantada por el máximo órgano definitorio en lo penal en asuntos relacionados con FONCOLPUERTOS, se desprende que las determinaciones judiciales que en materia laboral fueron afectadas por la revocatoria decretada por el superior funcional competente en sede oficiosa de consulta, no estaban ajustadas al sistema jurídico, en palabras suyas como sigue, *"no estaban asistidas por el derecho"*, y por tanto los pagos percibidos con base en ellas resultan defraudatorios de las arcas de la Nación. Así lo ha expresado esa Corporación:

“Con la revocatoria de las sentencias ordinarias laborales por parte de la Sala de Descongestión Laboral mediante el grado jurisdiccional de consulta queda en evidencia que no estaban asistidas por el derecho, y por tanto los pagos que generaron constituyeron una defraudación del erario público (sic); independientemente de que las decisiones sean calificadas de prevaricadoras o no” ³¹.

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

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

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

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

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

Si, como lo establecía el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, las condenas contra la Nación o entidades territoriales

³¹ Cita parcial del texto consignado por la Sala de Casación Penal en la sentencia emitida el 13 de abril de 2011, dentro del caso 35854, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, cuando invoca el fallo del 14 de diciembre de 2010 y 16 de marzo de 2011, Radicados 35.025 y 35.839, respectivamente.

sólo pueden ejecutarse después de 18 meses de la ejecutoria del fallo, no era posible que el procesado librase los correspondientes mandamientos de pago con antelación a ese perentorio plazo.

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

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

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

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

6. Tipicidad.

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

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

Refiere a un comportamiento punible de sujeto activo calificado, esto es, que la conducta material o ejecutiva, debe ser desplegada por un servidor público, quien según el artículo 20 del estatuto represor se entiende: *"Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la*

fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo de la Constitución Política".

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

El verbo rector del tipo es "apropiar", por el cual "(...) se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición 'uti dominus', es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, de otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración"³².

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"³³. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo³⁴. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSÉ CANCINO sostiene que dicho elemento subjetivo "(...) indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, pero sin que sea preciso que la real apropiación se agote. Es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente (...) "³⁵.

Por ello, el beneficiario del provecho no sólo puede ser el autor del delito, sino también un tercero, como lo estableció la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de agosto de 1989, con ponencia del H. M. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, cuando dijo: "Tal comportamiento corresponde, entonces ampliamente, con aquel que describe el Código Penal en su artículo 133 bajo la denominación del peculado, sin que puedan acogerse los reparos de la defensa al objetar

³² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

³³ PEREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial*. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

³⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

³⁵ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

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"*³⁶. Por lo que *"no es necesario que los bienes que constituyen el objeto material de la infracción en comento sean detentados por el servidor público con una tenencia material o directa, como que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica, es decir, (...) aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el servidor público"*³⁷.

Ahora, de vuelta al asunto de la especie, si bien no le corresponde al Despacho realizar el juicio de responsabilidad del Juez Laboral del Circuito de Barranquilla que emitió la decisión cuestionada, se hace necesario establecer si se desplegaron al menos una conducta típica y antijurídica, ya que la "determinación" para ser punible requiere, en virtud de la denominada accesoriedad limitada³⁸, que la conducta del autor no sólo sea típica sino también antijurídica.

En efecto, en el fallo expedido el 11 de julio de 2000, con ponencia del H. M. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, dentro del asunto 12758, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que en tratándose de la figura del determinador, para que se configure el

³⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

³⁷ *Ibíd*em pág. 97

³⁸ "(...) en la legislación de 1980 nada se estableció sobre la accesoriedad; por lo tanto, la solución del problema se dejaba a la doctrina. Hoy, en virtud de lo previsto en el artículo 30, el legislador previó, expresamente, la accesoriedad limitada (...)" HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, "Autoría y participación", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

punible no se requiere que esté acreditada la autoría y responsabilidad del agente o sujeto calificado. Así lo dijo esa máxima Corporación:

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

Conforme a lo reseñado, las sumas reconocidas judicialmente en favor de ORLANDO JOSÉ CAMARGO, junto con las resoluciones administrativas que ordenan cancelarlas, representan una cifra dineraria que, en cuanto bien, se dio con cargo al Tesoro Público y, por tanto, el comportamiento se ajusta materialmente al tipo penal establecido en el artículo 397 del CP, esto es, peculado por apropiación, el cual es atentatorio contra la administración pública, de donde emerge igualmente su antijuridicidad.

El Despacho encuentra que en las mencionadas providencias proferidas por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, junto con las resoluciones administrativas que la cancelan, se reconocieron reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensional e indemnización moratoria, por prima sobre prima y por días no laborados por huelga; y esos reconocimientos, de acuerdo con lo indicado, no tenían sustento legal ni convencional, por lo que los servidores públicos en cuanto autoridades competentes del Estado, con las atribuciones de Ley para emitir esa serie de pronunciamientos, concurrieron personalmente en la confección y emisión de tales actuaciones disponiendo ilícitamente del patrimonio del Estado a favor de terceros, en este caso del exportuario acriminado, mediante actos que estaban inequívocamente restringidos al ámbito de su competencia y dirigidos a la apropiación de bienes del Estado, sin que mediara fundamento legal alguno para ello.

Por su parte, la suma apropiada de \$72.949.023,86 que corresponde a 141,64 SMLMV del año 2010 producto del fallo del 7 de junio de 1994³⁹ emitido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla, junto con las resoluciones 555 y 2198 de 1995 y 746 y 2070 de 1998 que la pagan, se adecua al inciso primigenio del canon 397 del CP, y, por ende, como se había referenciado anteriormente se debe adecuar a la modalidad simple del reato analizado.

³⁹ Folios 14 y ss, C.O. 1 de sumario.

Por tales motivos, el Despacho encuentra acreditado que la conducta escrutada es objetivamente típica y antijurídica, y corresponden al punible de peculado por apropiación simple, como ya se advirtió, según el artículo 397 primigenio de la actual codificación represora inciso 1º, configurando con ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

Establecido que el actuar del procesado es objetivamente típico y antijurídico, se entra a analizar las conductas desplegadas como presunto determinador.

En lo atiente a la responsabilidad del exportuario ORLANDO JOSÉ CAMARGO, y, en específico, en torno del dolo requerido, es decir, del conocimiento de que con su actuar se puede incurrir en una conducta ilícita y punible, y aun así se perpetra el comportamiento prohibido, el Juzgado encuentra que este acusado como extrabajador de COLPUERTOS conocía a qué tenía derecho; y, empero, inicio varias acciones judiciales, para obtener por distintos medios el reconocimiento de montos sin ningún sustento jurídico ni fáctico, como lo fue la obtención de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste de mesada pensional y pago de indemnización moratoria producto de los referidos conceptos ilegales e irregulares, contraviniendo las normas convencionales y jurisprudenciales, para que se le reconociesen mediante providencias judiciales, actas de conciliación y/o resoluciones administrativas, buscando la apropiación de bienes del Estado sin tener derecho a ello.

Es claro para el Despacho que el procesado contaba con varios años al servicio de COLPUERTOS, esto es, con cerca de 20 años laborados en la entidad, conocía las prestaciones sociales a las que tenía derecho, otorgó en varias oportunidades poderes a togados para lograr de cualquier forma y a través de cualquier clase de pretensión el reconocimiento de sumas dinerarias contrarias al peculio estatal, y adicionalmente, participó en la huelga y conoció la suerte de dichos ceses de actividades.

Sumado a lo anterior consta dentro del expediente que el señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO otorgó múltiples poderes a distintos abogados para reclamar administrativa y judicialmente distintos conceptos a FONCOLPUERTOS, no sólo en los comportamientos ampliamente analizados en este fallo, sino también en otros numerosos eventos, lo que evidencia su intención de reclamar conceptos para obtener por cualquier medio reconocimientos ilegales, lo cual es indicativo y demostrativo de la mala fe del otrora accionante aquí acriminado.

Adicionalmente, no se duda de que estuviere al tanto de que intentar la reclamación de acreencias a las cuales no tuvieron derecho y de que poner en riesgo o menoscabar las arcas estatales, constituyera una acción sancionada por la Ley, censurada por el conglomerado social y rechazada por la comunidad ante un mínimo sentir de justicia y equidad, máxime cuando se recuerda que como extrabajador de esa entidad tuvo la categoría de servidor público, de forma que es claro que por tales condiciones y ejercicio laboral, así como por su liquidación final de prestaciones sociales, era sabedor de su situación particular y de que la entidad estatal nada les adeudaba, mucho más cuando el conocimiento de lo ilícitamente reclamado no requería mayor exigencia intelectual por parte del extrabajador, dado su conocimiento, *verbi gratia*, de no haber prestado sus servicios personales en época de huelga y, a pesar de ello, reclamar el pago de lo no debido por la empresa, lo que indica que procedió con un fin ilícito de aumentar su patrimonio a costa de las arcas estatales, siendo admisible pregonar que para ese cometido contrario a la Ley no se requiere ser experto en derecho.

Así, se tramitaron varios procesos judiciales y actuaciones administrativas encaminadas a obtener en favor del aquí acusado la reliquidación de prestaciones sociales, reajustes pensional e indemnización moratoria, fundadas en diversos conceptos laborales solicitados, de donde se colige el interés del exportuario de seguir formulando reclamaciones contra la entidad, quien procedió en este sentido con miras a obtener un ilícito engrosamiento de su peculio particular lejano de toda justicia y equidad.

Tampoco media hesitación en cuanto que fuera de dominio del imputado que al otorgar poderes en varias oportunidades para adelantar procesos ordinarios laborales, ejecutivos y/o trámite conciliatorio o administrativo y solicitar la reliquidación de prestaciones sociales y como consecuencia de ello se condenara al reajuste pensional y al pago de indemnización moratoria desconociendo las normas convencionales y lineamientos jurisprudenciales, se estaría incurriendo en conducta punible, comoquiera que los rubros reconocidos carecían de sustento fáctico y normativo, es decir, eran ajenos y no estaban asistidos por el derecho, la justicia y la equidad, máxime cuando, se itera, en varias oportunidades se procedió a realizar distintas reclamaciones por diversos conceptos.

En efecto, no se requiere gran experticia ni tampoco profundos o muy especializados conocimientos en materia jurídica, como sin fundamento demanda la defensa, para comprender que al realizar múltiples reclamaciones por diferentes motivos, entre ellos, para obtener reliquidaciones por prima sobre prima, días no laborados por huelga y conceptos abstractos y genéricos, a pesar de encontrarse bien liquidado en sus prestaciones sociales y mesada pensional, se desencadenarían reconocimientos a cargo de la Nación por múltiples conceptos

contradictorios, de donde se colige también la intención defraudatoria, aunado a que tampoco resulta admisible pregonar que le fuera desconocido que por el hecho de no trabajar en el tiempo de las huelga y/o permisos no remunerados, la empleadora estatal tampoco estaba obligada a pagarle salario, máxime cuando de las reglas de la experiencia se desprende que para el conglomerado es sabido que una persona sólo tiene derecho a cobrar sueldo cuando trabaja efectivamente o, de otro lado, que tampoco es lícito lograr un nuevo pago por conceptos que ya le han sido cancelados.

Cabe ahora memorar que el señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO señaló en su injurada que luego del retiro de la empresa presentó varias reclamaciones, ya que el sindicato y los abogados les indicaban cuáles eran sus derechos, sumado a que fueron los Jueces de la República los que dieron el visto bueno a las peticiones de los abogados, lo cual, a juicio de este Juzgado, no lo releva de responsabilidad, ya que fue su actividad la que condujo a que los servidores públicos dispusieran del erario de acuerdo al plan por él fraguado con mediación necesaria de los abogados.

Además, sostuvo que no recuerda haber otorgado poder a otros togados para la obtención de beneficios económicos de su ex empleadora; sin embargo, del análisis cuidadoso del plenario se encuentran, como ya se mencionó, diferentes poderes otorgados por el acriminado, que, aunque no son materia de estudio para este Despacho sí denotan el interés del señor CAMARGO por obtener provecho del erario, dejando sin piso la aseveración en la que se escuda al intentar hacer parecer que el caso bajo examen fue el único o se trata de un hecho insular.

Así, el Juzgado observa desprovistos de poder exculpatorio lo sostenido por el acriminado al momento de ejercer su defensa material en los distintos momentos de este proceso penal, y se detalla que el conocimiento que tenía acerca de las prestaciones sociales y lo que se encontraba regulado en la CCT aplicable de la extinta COLPUERTOS, refleja su ciencia sobre los derechos que se desprendía de la regulación legal y convencional junto a sus límites, así como la ilicitud de las pretensiones que configuró la conducta típica y antijurídica aquí estudiada, especialmente en lo que respecta a las reliquidaciones por huelga, sumado a que el otorgamiento de múltiples poderes con fines reclamatorios reflejan la proterva intención de apropiarse de dineros estatales bajo cualquier pretensión, configurando las conductas típicas y antijurídicas aquí estudiadas.

Estas conclusiones revelan que el procesado era consciente de haber entablado reclamación que era insustancial e inadmisibles en derecho, pero a pesar de ello decidió obrar en sentido contrario a la Ley, esto es, deprecando una reliquidación de prestaciones sociales y reajuste

pensional que no estaban asistidas por la legalidad, la justicia y la equidad, y la obtención irregular de la indemnización moratoria, sin que resulte aceptable que la actuación de la administración pública fuera atribuible únicamente a ésta, ya que obró en tal sentido porque el acriminado lo llevó a ello, con la finalidad de que la misma accediera a sus pedimentos.

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

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento del acriminado así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por el mismo para perpetrar la conducta que se examina⁴⁰, puesto que aviene inhesitable que las pretensiones formuladas se gestaron en medio de masivos cobros irregulares por parte de abogados y los extrabajadores, quienes de manera generalizada y en vista de la liquidación de la Empresa Portuaria, del desgüeño administrativo de la misma y su pronta desaparición, entablaron altísima cantidad de reclamaciones, aún sin justificación alguna, amparados en interpretaciones amañadas de Convenciones Colectivas de Trabajo, con de una u otra forma concurrencia de Jueces y funcionarios de esa entidad estatal.

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

“...se investiga a servidores públicos, abogados y trabajadores de Puertos de Colombia, resultando palmario en tales asuntos que el fondo de liquidación de dicha entidad se convirtió en la caja menor de personas que se propusieron obtener retribuciones económicas que en estricto derecho no les 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 Najar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

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,

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”

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 exempleados y dirigentes de esa entidad así como por la comunidad nacional, percibiéndose que los mismos trabajadores junto con los

radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615; 23/11/2006, radicación 26300; 23/11/2006, radicación 26091; 01/02/2007 radicación 26198; 28/02/2007, radicación 23564; 28/02/2007, radicación 25475; 07/03/2007, radicación 23979; 21/03/2007, radicación 26695; 27/03/2007, radicación 27124; 09/04/2007, radicación 27124; 11/04/2007, radicación 25612; 20/04/2007, radicación 27124; 27/04/2007, radicación 27124; 03/05/2007, radicación 27124; 06/06/2007, radicación 25661; 27/06/2007, radicación 27393; 01/08/2007, radicación 27598; 01/08/2007, radicación 25263; 15/08/2007, radicación 25800; 06/09/2007, radicación 27092; 28/11/2007, radicación 24905; 28/11/2007, radicación 27225; 30/01/2008, radicación 25043; 20/02/2008, radicación 27425; 29/02/2008, radicación 29222; 06/03/2008, radicación 29317, entre otros asuntos.

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.

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, aunado a que se observaba la pronta efectivización de los pagos por la pretermisión temporal del grado jurisdiccional de la consulta en lo que atañe a los fallos de primer grado y al desconocimiento del término de 18 meses para el cobro y/o ejecución de las sentencias previsto en el canon 177 del C.C.A., hechos que claramente se dieron dentro del proceso liquidatorio de la empresa portuaria⁴⁴.

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

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

“... hacía por lo menos dos años (noviembre de 1996) desde cuando los diversos medios de comunicación escrita y oral de Colombia venían

⁴⁴ La Empresa Puertos de Colombia fue creada mediante la Ley 154 de 1959, siendo transformada ulteriormente, por el Decreto 1174 de 1980, en Empresa Industrial y Comercial del Estado. Así mismo, el 10 de enero se expidió la Ley 1ª de 1991, con el fin de restaurar el sistema de puertos, liquidar y privatizar la entidad; para regular dicho proceso se expidieron los Decretos Ley 035, 036 y 037 de enero de 1992, con los que se disponía, respectivamente, la supresión de empleos como resultado de la liquidación y reglamentar el régimen de pensiones, la indemnización de trabajadores oficiales y la bonificación de empleados públicos; el 036, se ocupaba de la estructura del Fondo, y crea la entidad denominada FONCOLPUERTOS, como un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; y por último, el Decreto 037 se encargó de regular el manejo presupuestal y contable de la empresa Puertos de Colombia, con cargo al caudal que le transfiera la Nación al Fondo de pasivo para la liquidación de personal; mediante el Decreto 1689 de 1997, se dispuso la supresión del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, y se le asignó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la atención de los procesos judiciales y demás reclamaciones de carácter laboral a cargo de la extinta entidad; fue así como por medio del artículo 2º del Decreto 1211 de 1998, se facultó a dicha Cartera para que a través del Grupo Interno de Trabajo (GIT) y de las demás dependencias del Ministerio que debieran intervenir, con arreglo a su estructura y distribución de competencias, se ocupara de la tramitación y autorización del pago de las obligaciones que conformaran el pasivo social del referido ente. También con la Resolución 03137 del 31 de diciembre de 1998, se crea el “Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del pasivo Social de Puertos de Colombia”, con dependencia jerárquica y funcional del Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, encargado de coordinar todo lo concerniente a la Empresa Puertos de Colombia; más adelante dicho Grupo se extinguió y su labor y carga fue asignada a la UGPP.

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

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

Todo aquel ámbito de caos de la empresa portuaria, fue aprovechado por el procesado, pues con el recuento anterior, se muestra como la reclamación presentada ante FONCOLPUERTOS se realizó en tiempo en el que ya era de conocimiento nacional a través de los medios de comunicación las irregularidades que se estaban presentando en torno de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, y que llevaban a determinar el actuar para obtener un provecho económico.

Entonces, teniendo en cuenta el tiempo de servicio, el conocimiento de sus derechos laborales, las múltiples reclamaciones que develan su interés defraudatorio, y el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, entre otros puntos, el Despacho no halla duda alguna respecto del compromiso subjetivo de este acusado, ni tampoco del dolo de alta intensidad con el que actuó.

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

7. De la determinación

Enseguida, el Despacho se referirá al grado de concurrencia personal del procesado hallado responsable de los comportamientos por los cuales se procede.

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

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

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

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la

figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

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

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

"ARTICULO 30. PARTÍCIPE. Son partícipes el determinador y el cómplice.

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

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

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

La doctrina referente a la figura del determinador ha señalado que "es un partícipe cuya responsabilidad penal se fundamenta en el dispositivo amplificador y se rige por el principio de 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, trátase de una instigación [determinador] o de un cómplice, por ello esta forma de concurso de personas se caracteriza de manera negativa, pues el agente no ejecuta la acción típica"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 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

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.

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. 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.

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

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.

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

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

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 (...)"

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

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

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

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

Descendiendo al caso concreto, contrario a las manifestaciones de la defensa, de acuerdo con las pruebas que obran en la actuación, es claro que el extrabajador ORLANDO JOSÉ CAMARGO, es responsable a título de determinador del reato de peculado por apropiación simple, toda vez

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

que si bien es cierto que la doctrina penal ha admitido que la determinación se fragua a través de las modalidades a las que hace mención, no lo es menos que tales corresponden únicamente a ejemplos de mecanismos, sin que alguna vez hubiese establecido un número cerrado (*numerus clausus*), de allí que haga también referencia a '*Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema...*' o a '*cualquier otro medio*' (*numerus apertus*) que viabilice efectivamente que el determinador logre que el determinado obre injustamente en el sentido ilícito que el primero se propone, sin que para este efecto como en el presente asunto, sea necesario el conocimiento previo o concomitante, la cercanía, la relación interpersonal, negocial, de amistad, o el común acuerdo expreso entre éstos, por ejemplo.

Así, al otorgar poderes a profesionales del derecho con el propósito inequívoco de apropiarse ilícitamente de dineros públicos, viabilizó efectivamente lo que estaba de su parte para mover el aparato judicial y administrativo, a fin de que fueran las autoridades judiciales y administrativas competentes las que dispusieran lo necesario para que su propósito se materializara en la realidad, es decir, de lograr que del Tesoro nacional se destinaran algunos rubros para engrosar indebidamente el peculio personal propio.

Por ello, resulta diáfana la resolución en el acriminado de que dichos servidores públicos o quienes se le homologan cometieran una conducta típica y antijurídica para su beneficio, como lo fue que se reconocieran de manera irregular conceptos laborales en las mentadas providencias judiciales, que se suscribiera pacto conciliatorio y que la entidad estatal emitiera las resoluciones administrativas mediante la cuales ordenaron pagar montos sin ningún sustento fáctico ni tampoco jurídico.

El procesado, como extrabajador, facultó a togados mediante actos de los cuales se derivaron actuaciones que culminaron en las erogaciones mentadas, con el propósito y voluntad inequívocos de conseguir que la idea delictual se transformara con la necesaria actuación del respectivo servidor público o quien se le equiparaba, en una decisión ilegal favorable a la finalidad delictual por él trazada, la cual se concretó en la comisión del delito de peculado por apropiación.

Y para tal efecto no era necesario, por ejemplo, que el mismo Director ante quien se presentaron las reclamaciones administrativas, o el Juez, hubiese sido el que las resolviera, o que entre el determinador y el determinado exista una relación interpersonal, de negocios, de amistad, o el común acuerdo expreso, toda vez que para el caso bastó con que las actuaciones del procesado, inequívocamente dirigidas a defraudar el peculio público, constituyesen el motivo de impulso de los trámites pertinentes y de la apropiación irregular.

Así, es evidente que los reconocimientos de las reliquidaciones de las prestaciones sociales, reajuste de mesada pensional y pago de indemnizaciones moratorias contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, fueron posibles con el concurso efectivo de servidores públicos, como los Gerentes Generales de FONCOLPUERTOS de manera directa y/o por medio de apoderado en la celebración de algunas actas conciliatorias y el Inspector de trabajo que participó en las mismas, así como de los Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla 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 la encausada con sus conductas criminales la comisión del ilícito aquí analizado.

Las solicitudes elevadas por el procesado constituyeron el motivo que impulsó el trámite que a su turno culminó en las providencias judiciales, la conciliación referida y las resoluciones mentadas. El actuar del acusado fue un medio eficaz e idóneo para determinar la perpetración del comportamiento ilícito, estableciendo así las pretensiones encaminadas a la obtención del pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, reajuste de la pensión con la consecuente indemnización moratoria, y apropiación de los dineros del Estado.

Por tal razón, contrario a los argumentos defensivos del protector técnico del acriminado, el Despacho considera acertada la acusación de la Fiscalía delegada en torno del grado de participación del acusado citado, esto es, al señalarlo como agente en calidad de determinador.

8. La antijuridicidad.

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

El valor superior amparado por el ordenamiento normativo en lo que toca al delito de peculado por apropiación, es la administración pública, acerca del cual la doctrina ha decantado que no sólo implica las funciones relativas a la rama ejecutiva del poder público, sino que concierne a las otras, incluso los órganos de control. Es así como se ha sostenido que *“el concepto de administración pública comprende toda la actividad funcional del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa”*⁵¹. En el mismo sentido se ha

⁵¹ BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 1

decantado lo que comprende dicho bien jurídico, cuando se manifiesta que “se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”⁵².

Frente al objeto jurídico de protección específico del peculado por apropiación el tratadista ya mencionado ANTONIO JOSÉ CANCINO sostiene: *“en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública”⁵³.*

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

De cara al caso concreto, se observa que el propósito del acusado ORLANDO JOSÉ CAMARGO, consistente en otorgar poderes, para obtener providencias judiciales, pactos conciliatorios y/o las consecuentes resoluciones administrativas, mediante las cuales buscaba el pago de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste de mesada pensional y pago de indemnización moratoria contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, contrarias a derecho, constituye un acto inequívocamente orientado a que se cancelasen de manera irregular acreencias laborales improcedentes en derecho y a generar un desfaldo al erario, generando también una lesión a la administración pública al afectar el interés del Estado en la probidad y corrección de los funcionarios que concurrieron en la confección de tal acto, vulnerando asimismo el desarrollo estatal de las funciones públicas de administración, custodia o tenencia de los bienes estatales.

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

9. La culpabilidad.

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

⁵² FRANCISCO JOSÉ FERRERA, *Delitos contra la Administración Pública*. 3 ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

⁵³ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 93-94.

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”⁵⁴.

Respecto de este elemento requerido para la concreción del punible, el Despacho considera que la señor ORLANDO JOSÉ CAMARGO merece el correspondiente juicio de reproche, en calidad de imputable, por haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, al serle exigible otra conducta, ya que al ser exservidor de la entidad estatal pudo actuar conforme al ordenamiento, por ejemplo, absteniéndose de perpetrar dicha actividad, declinando de las ilícitas, empero, en vez de ello, decidió deliberadamente llevar a cabo la actividad delictual descrita con anterioridad, obrando con conocimiento de la antijuridicidad al saber que su comportamiento es ilícito y que con él lesionaban los más altos valores estatales que garantizan la convivencia, máxime cuando es una persona que por entonces era conocedora de los cánones imperantes y de los asuntos prestacionales y laborales relativos a las reclamaciones y determinaciones aquí examinadas.

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

Por los motivos aquí expuestos, el Juzgado arriba a la plena certeza de que el acusado ORLANDO JOSÉ CAMARGO actuó en calidad de **determinador responsable** de la conducta concursal delictiva de **peculado por apropiación simple**, y por ende se hace acreedor del castigo correspondiente en Ley.

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

⁵⁴ CORDOBA ANGULO, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

VIII. PUNIBILIDAD

El Despacho procederá a establecer el castigo legal a imponer por la comisión de las conductas punibles cometidas, analizando lo correspondiente a la pena principal y a las accesorias del condenado.

Acorde a los cánones 60 y 61 del CP, para individualizar la pena de la conducta punible cometida por el procesado sancionable, 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.

1. De la sanción privativa de la libertad

El peculado por apropiación aparece pena de prisión, según la disposición 397 original del CP vigente, de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses, la cual es aplicable también al determinador en virtud del precepto 23 del Decreto Ley 100 de 1980 y 30 del estatuto penal vigente. Así, de acuerdo al pliego de cargos y según lo expuesto en precedencia, la cuantía no excede dicho límite, y, por tanto, se adecua a la modalidad simple del reato analizado, tal como se anunció en el acápite anterior, de suerte que los extremos punitivos no varían.

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.

Para el peculado simple:

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	ÚLTIMO CUARTO
72 a 99 meses	99 a 126 meses	126 a 153 meses	153 a 180 meses

Ahora bien, 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, que oscilará entre 72 y 99 meses de prisión.

Con miras a precisar el monto punitivo dentro de los linderos señalados, el Despacho expondrá adicionalmente las consideraciones pertinentes

de acuerdo con los baremos contemplados en el inciso 3° del artículo 61 represor respecto del procesado, habida cuenta de que en el discurrir de esta providencia ya se han hecho puntualizaciones acerca del mismo, 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.

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

Se observa la actuación del acriminado penable como extrabajador público, ante las autoridades competentes del Estado que tenían las facultades dispositivas sobre los bienes del mismo para determinarlas a fin de que emitieran decisiones para materializar el punible de peculado por apropiación en las condiciones ya examinadas, 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 administrativas y judiciales así como en la legalidad de sus decisiones y actuaciones.

Además, el acusado penable se alejó conscientemente con su accionar 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*", y de que acorde a los fines del Estado y el precepto 1° de la Carta, el bien general prevaleciera sobre su interés particular.

De allí emerge que el comportamiento desplegado por este procesado 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...”⁵⁵.

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder de este acusado, se detalla que la lesión efectivamente causada con sus conductas menoscabó el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valores que, no han sido reintegrados mediante descuento por nómina, ni tampoco por devolución voluntaria; a esto se agrega que se afectó materialmente la administración pública en otros elementos que le son esenciales e inescindibles como son los principios que constitucional y legalmente la gobiernan y también la probidad, lealtad, transparencia, moralidad y rectitud de sus funcionarios, los cuales en razón de las ilicitudes escrutadas hicieron perder la confianza que el conglomerado social les debía.

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

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

En 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, como el nivel del dolo mostrado por el acriminado, y en las consecuencias jurídicas del delito de peculado por apropiación agravado originado en el fallo del 7 de junio de 1994 proferido por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla junto con las resoluciones que lo cancelaron, el límite inferior más un punto, equivalente a setenta y tres (73) meses de prisión.

⁵⁵ Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

Así, la pena en a irrogar será **SETENTA Y TRES (73) MESES DE PRISIÓN** a título de determinador responsable de la conducta punible de peculado por apropiación, **guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

2. De la pena de multa.

El Legislador adicionalmente prevé como sanción principal, la multa, en los términos de los artículos 34, 35 y 39 del estatuto penal. De acuerdo a la regla 397 inciso 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 se impondrá multa equivalente al valor de lo apropiado, visto que el mismo no excede el tope señalado en dicha norma, y acorde al derrotero seguido por el máximo Juez Penal Colombiano en su jurisprudencia⁵⁶.

Ahora bien, el objeto dinerario de las actuaciones investigadas que ameritan esta condena por el comportamiento que desplegó el acusado en calidad de determinador es igual a **141,64 SMLMV del año 2010** de cara a las providencias del Juzgado 8 Laboral del Circuito de Barranquilla pagadas por las resoluciones 555 y 2198 de 1995 y 746 y 2070 de 1998.

Por consiguiente, este acriminado deberá pagar por **concepto de MULTA** la cifra equivalente a **la suma de 141,64 SMLMV del año 2010**, monto que en su total respeta el límite legal de 50.000 SMLMV.

La multa **deberá ser cancelada cuando adquiera firmeza este fallo en la cuenta especial destinada para tal efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho**, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, que modificó el canon 42 de la Ley 599 de 2000.

Y cuando quede ejecutoriado este pronunciamiento, **se remitirá por la secretaría de este Juzgado la primera copia del mismo con constancia de ello y de prestar mérito ejecutivo, indicando la fecha de firmeza, a la Oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Bogotá**

⁵⁶ Por ejemplo, en sentencia SP9225-2014 proferida con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González Muñoz, dentro del radicado N° 37462, el 16 de julio de 2014, al momento de definir la punición, esa Corporación señaló que en tratándose del delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 del CP, la sanción corporal allí contemplada, que se entiende en el inciso primero, se aumenta en una mitad; en tanto que la pena de multa equivale al valor de lo apropiado. De dicha tasación se desprende que la Colegiatura encargada de unificar la jurisprudencia nacional sobre el particular, ha dejado sentado que el monto de sanción pecuniaria a imponer en los eventos de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, es el mismo de la suma dineraria sobre la que versó el ilícito, baremo que es acogido por este Estrado, de cara a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta y habida consideración de que el citado pronunciamiento constituye precedente jurisprudencial, y, por ende, criterio auxiliar de la actividad judicial.

para los fines legales pertinentes, o en su defecto certificación en el sentido y para el propósito indicados en el artículo 367 del Código General del Proceso (CGP), por cuanto mediante la sentencia C-043 de 01 de marzo de 2023, la H. Corte Constitucional, con ponencia de la H. M. Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera, declaró inexecutable el parágrafo del citado artículo 6 de la Ley 2197 que señalaba que la Oficina de Cobro Coactivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado era la encargada del cobro coactivo de las multas.

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

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

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

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

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Lo aquí importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, no es posible tomar de la antigua ley una parte y de la nueva, otra, porque de hacerlo, correspondería a una modalidad de configuración híbrida o de *lex tertia* que es inadmisibile en casos como el que se examina, según lo expresado por la Sala de Casación Penal⁵⁷, 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

⁵⁷ 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.

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 estimar que es más ventajosa la Ley posterior, por cuanto se amplía el espectro sobre el factor objetivo, vale decir, de la exigencia de tres años pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer al procesado sancionable rebasa con creces tales linderos objetivos.

Asimismo, al observar el segundo de los requisitos, se encuentra una prohibición explícita, contenida en el inciso 2° del actual canon 68 A del CP el cual fue entronizado por el precepto 32 de la mencionada Ley 1709, el cual crea ciertas excepciones a la prohibición de la concesión este subrogado⁵⁸.

Entonces, es claro que a pesar de que el mandato 68 A actual del estatuto represor excluye de manera general ese beneficio para el(los) delito(s) base de punición de este caso, por lo que el aquí acusado sancionable no podría ser beneficiario de dicho subrogado transitorio por incumplimiento de los requisitos objetivos.

⁵⁸ Dice el texto legal: "Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales: No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (...) // ...quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública.

No obstante, cabe advertir que en la providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 28 de septiembre de 2022, con ponencia de la H. M. Dra. Myriam Ávila Roldán, dentro del radicado 61904 (SP3371-2022), se adujo:

"... si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 - aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 ídem)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), tal beneficio también puede ser reconocido por el juez de conocimiento o de la causa."

Luego, desde esta óptica y de acuerdo con el artículo 471 de la Ley 600 de 2000, este subrogado procede en los mismos casos de la interrupción de la detención preventiva, reglada en el artículo 362 del CPP, que a su turno la consagra, entre otros eventos, para el sindicado mayor de 65 años, cuando su personalidad así como la naturaleza o la modalidad del comportamiento sancionable hagan aconsejable la medida.

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

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 3º de la Ley 1251 de 2008⁵⁹, 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

⁵⁹ 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".

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 tiene actualmente 78 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 de los artículos 417 y 362 numeral 1º de la Ley 600 de 2000.

Ante la otra exigencia, esto es, que *“su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida”*, 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 cuenta con familia, aun cuando se denota que ha variado su lugar de residencia, no se acreditó al menos que hubiere sido sometido a sanciones disciplinarias, y que cuando fue citado por la Fiscalía y por este Estrado acudió al llamado tras una ingente búsqueda.

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 ORLANDO JOSÉ CAMARGO, quien como se dijo cuenta en la actualidad con 78 años de vida, de forma que, por ejemplo, acorde a la resolución 0110 de 22 de enero de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera mediante la cual se adoptan las Tablas de Mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS-⁶⁰, su esperanza de vida es tan sólo del 9.4%, visto que ya vivió el 89.2%, por ende, se entiende que según el pronóstico estadístico les restaría por vivir 9 años, 4 meses y 1 día.

En este orden, es menester recordar que de cara a los principios y fines de las penas, y en especial al principio de dignidad humana como pilar y directriz indeclinable de la punición, si bien es cierto se encuentra el que atañe al carácter retributivo de las mismas, no menos lo es que también se orientan a garantizar el tratamiento, la resocialización y la integración social de las personas, de donde se colige que la imposición de una condena y la definición sobre los subrogados penales debe tener en cuenta tales baremos, y en el caso de la especie, vista la realidad particular del procesado, no ofrece duda para el Despacho que el confinamiento del mismo en institución penitenciaria o domiciliaria, habida cuenta de que el castigo aquí irrogado es de 73 meses, de suerte que en la práctica si hubiere de cumplir la sanción de forma intramural en su sitio de habitación, la expectativa de vida que le queda le alcanzaría para egresar vivo supuestamente resocializado y vivir unos cuantos años, derivándose entonces que en el caso concreto no se cumplirían a plenitud los fines de la sanción corporal si ésta se purga en un establecimiento oficial o en lugar de residencia; pero que sí se lograría bajo el entendido de que el sujeto permaneciendo en libertad 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, que son factores que permiten al Despacho elevar un juicio favorable en torno de la concesión de dicho beneficio a este acusado.

⁶⁰ Página

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

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 normativos arriba indicados, el mecanismo sustitutivo bajo estudio a ORLANDO JOSÉ CAMARGO.

En esta medida, se concederá al procesado ORLANDO JOSÉ CAMARGO la SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA a tenor de los artículos 471 y 362-1 del CPP que habrá de garantizar mediante la prestación de caución prendaria, mediante título de depósito o póliza judicial, por valor igual a tres (3) SMLMV a órdenes de este Estrado o del Juzgado Ejecutor de Penas al que corresponda vigilar esta condena, y suscribir la respectiva acta de compromiso de que trata el canon 65 del CP.

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

X. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

En el asunto concreto, observa el Despacho que de las sentencias y mandamientos de pago proferidos por los Juzgados 6 (cubierta por el fenómeno prescriptivo aquí tratado) y 8 Laborales del Circuito de Barranquilla, fueron revocadas por las decisiones de consulta de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, así como totalmente la resolución 746 de 1998 y parcialmente las resoluciones 321 de 1993, 555 y 2198 del 1995, y 2070 de 1998, en lo respecta a ORLANDO JOSÉ CAMARGO, ya que fueron dejadas sin efectos jurídicos y económicos por la resolución 001903 de 31 de diciembre de 2010.

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

De otra parte, el Despacho detalla que frente al acta de conciliación de 27 de diciembre de 1993, en lo que tienen que ver con la concurrencia del aquí exportuario aquí acriminado y los hechos a él atribuidos, corresponde a una actuación constitutiva del punible de peculado por apropiación generadora de consecuencias jurídicas que continúan surtiendo efectos jurídicos, máxime cuando se observa que no se halla acreditado que mediante decisión administrativa o de carácter judicial hubieren sido suspendidos sus efectos o revocado tal actuación.

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

En esta medida, como conclusión de lo expuesto en este acápite, se dispondrá a dejar definitivamente sin efectos jurídicos y económicos el acta de conciliación de 27 de diciembre de 1993, relacionadas en precedencia, con las limitaciones señaladas, materializadas únicamente por la concurrencia del acriminado aquí investigado, toda vez que se detectó la configuración de un comportamiento típico y antijurídico.

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

Finalmente, se ordena adicionar a las comunicaciones respectivas dirigidas a la referida entidad copia de la presente decisión; e informar lo

propio a la misma una vez en firme esta providencia.

XI. DAÑOS Y PERJUICIOS

De acuerdo con las disposiciones 94, 95, 96 y 97 del CP, y 56 del CPP, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados, los cuales deberán ser reparados por los penalmente responsables. En el presente caso se advierte que los daños solicitados por la parte civil⁶¹, UGPP, corresponden a los perjuicios materiales, y en concreto al daño emergente⁶², que de conformidad con el artículo 97 *ibídem* deberán probarse en el proceso.

En la demanda de constitución de parte civil, ésta impetró condena en perjuicios en la suma que se encuentre probada dentro del expediente, así como la condena por gastos y costas en que incurrió⁶³.

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

Dentro del expediente se halla probado que el exportuario ORLANDO JOSÉ CAMARGO, producto de su conducta concurrió en la apropiación injustificada de **141,64 SMLMV del año 2010**.

Por estas razones se condenará a ORLANDO JOSÉ CAMARGO a pagar los perjuicios ocasionados en la suma total de **141,64 SMLMV del momento en que efectuó materialmente su cancelación**, monto que por justicia se mantiene en esta unidad de medida, dado que corresponde al monto erogado indebidamente por el Estado por entonces a favor de terceros.

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

⁶¹ Folio 19-22, C.O. de la Parte Civil.

⁶² El Código Civil en su artículo 1614 establece "Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

⁶³ Folio 22, C.O. Parte Civil.

del orden nacional, exoneradas de prueba para efectos procesales, para recibir las indemnizaciones civiles aquí decretadas.

Se memora que **tal valor deberá ser pagado por el acriminado civilmente condenado en el valor nominal que corresponde a SMLMV del momento en que efectúe materialmente su cancelación en favor de la parte ofendida**, para preservar el derecho de ésta a recibir el resarcimiento de perjuicios en valor actual que es representado por dicha unidad de medida, motivo por el cual no se estima viable ordenar la indexación de los valores nominales, ya que de obrar en tal sentido y ordenar el pago en SMLMV del momento de la cancelación efectiva se conculcaría el principio *non bis in idem*, habida cuenta de que la decisión de que la obligación indemnizatoria se cumpla con SMLMV del momento del pago apareja la actualización de los montos. De hecho, el deber de cancelar la referida cifra en salarios mínimos legales vigentes para el momento de su pago como mecanismo de actualización de la misma se equipará 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 delito⁶⁴.

Sin embargo, se itera, es menester instar a la UGPP o a la entidad que hace sus veces a fin de que respete las garantías fundamentales del acriminado con miras a no violar el principio *non bis in idem* 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, por lo que es posible que actualmente parte de la deuda, o inclusive la totalidad de la misma, haya sido sufragada, razón por la cual se establece que en tal caso la UGPP no podrá realizar el cobro de lo efectivamente cancelado para reintegrar lo erogado por los hechos aquí investigados.

Finalmente, frente a la posibilidad de que se condene en costas judiciales agencias en derecho, expensas y demás erogaciones al encausado, cabe recordar que el canon 56 litúrgico y la jurisprudencia de la Sala de

⁶⁴ 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.

Casación Penal, son claros al establecer que tales conceptos deben ser acreditados dentro del proceso, en cuyo caso su liquidación se deberá hacer cuando se encuentre ejecutoriada la decisión donde se ordenaron, como lo sostuvo esa Alta Corporación en sentencia de 13 de abril de 2011, emitida dentro del 34145, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

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

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

XII. OTRAS DETERMINACIONES

En garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso, se decretará que la notificación de esta sentencia se efectué mediante comisión a quienes no tienen domicilio en esta ciudad y no pueden comparecer directamente a este Despacho, mediante comisión acorde a la regla 84 de la Ley 600 de 2000, con miras a que el Juzgado Penal Municipal o del Circuito (o Mixto) competente de la respectiva municipalidad intente la notificación personal según el precepto 178 *idem*, especialmente observando el inciso 3° que reza *“La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la*

persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga”, motivo por el cual se remitirá con el despacho comisorio correspondiente solamente una copia de este fallo en texto físico impreso.

Para dicho cometido se concede al (los) Juzgado(s) Penal(es) comisionado(s), que precisará la secretaría en el (los) Despacho(s) respectivo(s), el término perentorio de **cinco (5) días hábiles** contados a partir del recibo de la correspondiente comunicación, y desde ahora se solicita que una vez cumplido lo anterior sea regresado el diligenciamiento atendido conforme a la Ley.

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

Esta determinación no es restrictiva, de modo que para notificar esta decisión también se utilizarán las vías ordinarias de Ley y, en la medida de la disposición, los mecanismos más expeditos y efectivos de comunicación, de transmisión de datos y/o electrónicos; y también podrá intentarse la intimación de esta sentencia a través de notificación personal a través de los medios acogidos por el ordenamiento jurídico, incluidos la correspondencia ordinaria y los acabados de señalar.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal propuesta por la defensa del procesado **ORLANDO JOSÉ CAMARGO**, conforme a los motivos que preceden.

SEGUNDO: DECLARAR oficiosamente la prescripción parcial de la acción penal y, en consecuencia, CESAR PARCIALMENTE EL PROCEDIMIENTO en favor de **ORLANDO JOSÉ CAMARGO**, únicamente respecto de las conductas señaladas en el aparte 1 del acápite “VII. CONSIDERACIONES” entre los folios 7 a 9 del presente fallo, acorde a lo expresado en precedencia.

TERCERO: NEGAR la solicitud de nulidad impetrada por la defensa del procesado **ORLANDO JOSÉ CAMARGO**, conforme a los motivos que preceden.

CUARTO: CONDENAR al señor **ORLANDO JOSÉ CAMARGO**, de condiciones civiles y personales establecidas en el proceso, a título de **determinador responsable** del **DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN SIMPLE** a la pena de **SETENTA Y TRES (73) MESES DE PRISIÓN; MULTA IGUAL A LA SUMA DE 141,64 SMLMV del año 2010; e INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

QUINTO: CONCEDER a **ORLANDO JOSÉ CAMARGO**, la suspensión de la ejecución de la pena, en los términos, condiciones y garantías establecidos en la parte motiva pertinente de esta sentencia, una vez en firme la misma.

SEXTO: ORDENAR al acriminado **ORLANDO JOSÉ CAMARGO** pagar la pena principal de multa en los montos y términos indicados en precedencia.

SÉPTIMO: CONDENAR al enjuiciado **ORLANDO JOSÉ CAMARGO** a pagar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la represente **los perjuicios ocasionados con el delito por el cual ha sido aquí sancionado**, 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 a pagar a favor de la parte civil las **costas, expensas y agencias en derecho**, una vez en firme esta decisión y la respectiva liquidación.

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.

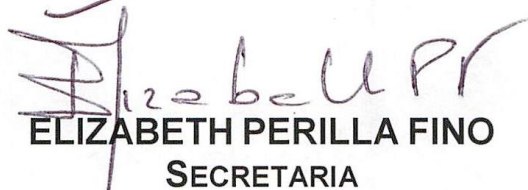
DÉCIMO PRIMERO: INFORMAR que contra este fallo procede únicamente el recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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