

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

CAUSA: 2021-00002
SINDICADO: ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS
DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN
SUMARIO: 3959
SENTENCIA: CONDENATORIA

Sentencia No. 006

Bogotá D. C. 26 de junio de 2023.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, por el delito de peculado por apropiación, a título de determinador, emite el Despacho la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

II. HECHOS

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

El exportuario ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS otorgó mandato al togado ARNULFO RAFAFEL OLIVERO TORRENEGRA, con el cual se presentó demanda laboral que culminó en sentencia del 19 de noviembre de 1992 y mandamiento de pago del 2 de julio de 1993 proferidos por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla que condenaron a Puertos de Colombia o FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación; providencias judiciales que fueron canceladas a través de la resolución 892 de 15 de mayo de 1996 que ordenó el reajuste pensional; empero, el fallo fue revocado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en sede de consulta el 31 de agosto de 2004, por lo que mediante resolución 002600 del 30 de noviembre de 2011, el GIT revocó la referida resolución administrativa y dispuso el reintegro de las sumas canceladas.

III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, identificado con cedula de ciudadanía N° 7.415.077 expedida en Barranquilla (Atlántico), nacido en Villa Rosa - Repelón (Atlántico) el 23 de noviembre de 1940, con 82 años; en unión libre, con cinco hijos. Pensionado de COLPUERTOS.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

El 1 de febrero de 2013¹ se decretó abrir indagación previa y practicar las pruebas pertinentes.

La apertura formal de la instrucción se realizó el 30 de abril de 2015², cuando se dispuso aducir los medios cognitivos correspondientes.

El 28 de junio de 2016³, el acriminado ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS rindió indagatoria.

Con proveído de 1 de febrero de 2017⁴, se cerró la instrucción y se ordenó correr traslado respectivo a los sujetos procesales.

Por medio de resolución de 31 de mayo de 2017⁵, el ente persecutor calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra de ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación. Además, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva y se abstuvo de emitir pronunciamiento en torno de la suspensión de los efectos jurídicos y económicos de las resoluciones investigadas.

El 31 de mayo de 2019⁶ decretó no reponer la referida decisión de primer grado, al tiempo que no se accedió a precluir el procedimiento por prescripción de la acción penal.

El **24 de enero de 2020**⁷, la Fiscalía 95 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la providencia de primer grado proferida contra el acriminado ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, oportunidad en la que **quedó en firme la acusación**.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado, se corrió por ministerio de la Ley el traslado del artículo 400 ritual, y, mediante auto interlocutorio 12 de 2 de marzo de 2021, se decretó parcialmente la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal únicamente con relación a los hechos relacionados con el proceso ordinario laboral adelantado ante el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Barranquilla que culminó con sentencia de 28 de junio de 1994 y el mandamiento de pago de 3 de agosto de 1994 y con la resolución 1136^a de 23 de septiembre de 1994.

El 10 de marzo de 2021⁸ se celebró audiencia preparatoria, cuando se decretaron y negaron algunas pruebas.

La audiencia pública finalizó con la sesión del 26 de octubre de 2021⁹, cuando se escucharon los alegatos finales de los sujetos procesales.

Cabe aquí manifestar que sólo hasta este momento se emite el presente fallo, con respeto al orden de turnos de los casos que están en el Despacho para este fin, en

¹ Folio 93 y ss, C.O. 1 del sumario.

² Folio 119 y ss, C.O. 1 del sumario.

³ Folio 242 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴ Folio 15, C.O. 2 del sumario.

⁵ Folios 31 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁶ Folios 144 y ss, C.O. 2 del sumario.

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

⁸ Folio 27 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

⁹ Folios 98, C.O. 2 de juzgamiento.

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

V. LA ACUSACIÓN

1. Primera instancia.

Como se dijo, con proveído de 31 de mayo de 2017, la Fiscalía 43 delegada perteneciente a la Dirección Nacional de Fiscalía contra la corrupción Grupo de Fiscales para investigar fraudes al sistema pensional del país, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación contra ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación, entre otras determinaciones ya reseñadas.

El ente acusador estimó que del acervo probatorio existente se desprende que el exportuario ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS interpuso en 2 ocasiones demandas ordinarias laborales mediante apoderados, las cuales correspondieron a los Juzgados 2 y 5 Laborales del Circuito de Barranquilla que emitieron providencias judiciales ordenando 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, las cuales fueron pagadas mediante las resoluciones administrativas 829 de 15 de mayo de 1996 y 1136^a de 23 de septiembre de 1994, providencias que además fueron revocadas en sede de consulta por los distintos Tribunales de los Distritos Judiciales.

Al respecto, señaló que el sindicato con sus actuaciones logró el reconocimiento de conceptos laborales contrarios a derechos, a lo que se agrega que se omitió el grado jurisdiccional de consulta, máxime cuando el exportuario acriminado fue debidamente liquidado en sus prestaciones sociales y pensión al momento de su retiro.

Finalmente, afirmó que la responsabilidad a título de dolo del acusado está acreditada por cuanto era conocedor de las referidas ilegalidades; y, aun así, voluntariamente decidió acudir ante la jurisdicción ordinaria y ante la administración pública mediante reclamaciones judiciales y administrativas, sin sustento jurídico ni fáctico, motivo por el cual deberá responder por el reato de peculado por apropiación.

2. Segunda instancia.

En alzada, el 24 de enero de 2020, la Fiscalía 95 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en su totalidad la providencia de primer grado.

Desestimó los argumentos del apelante al considerar que en la fase sumarial no se requiere la plena certeza de la materialidad y la responsabilidad del procesado para proferir el pliego de cargos.

Además, indicó que no le asiste la razón al peticionario cuando señala que los hechos se circunscriben a los años 90's, ya que hubo modificación de la mesada pensional que produjo erogaciones mes a mes, a lo que agregó que las actuaciones del acriminado sí tuvieron injerencia en las reclamaciones injustas e inexistentes, más aun cuando sus poderes fueron los que movieron el andamiaje judicial y administrativo, lo que permite endilgarle la calidad de determinador.

Igualmente, descartó la prescripción de la acción penal, al estimar que el reajuste pensional ilegal finalizó en 2011 cuando se expidió la resolución que suspendió los efectos jurídicos y económicos de las actuaciones ilícitas, momento desde el cual se debe contabilizar los 20 años para que fenezca la acción penal, más aun cuando la apropiación superó los 200 SMLMV.

Finalmente, precisó que las conductas se deben manejar como un concurso homogéneo y sucesivo, por lo que los comportamientos deben ser entendidos independientemente a efectos de la prescripción.

VI. ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

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

1. La Fiscalía.

El ente acusador deprecó fallo condenatorio en contra de OROZCO CÁRDENAS.

Después de relatar los antecedentes procesales del trámite penal, adujo que el procesado presentó varias demandas laborales y peticiones administrativas a través de abogados, que fueron resueltas por providencias emitidas por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla que ordenaron la reliquidación de prestaciones sociales, reajustes pensionales y el pago de salarios moratorios sin ningún sustento, fallos pagados mediante las resoluciones administrativas 1136^a de 1994 y 892 de 1996, sentencias que finalmente fueron revocadas por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial.

Adujo que OROZCO CÁRDENAS emprendió una serie de reclamaciones sin tener derecho a ellas, como lo evidencia el dictamen pericial contable que obra en el proceso, logrando el reajuste efectivo de la mesada pensional.

Concluyó indicando que del acervo probatorio se desprende el conocimiento que tenía el acriminado ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS acerca de la ilicitud de lo reclamado, comprensión que lo llevó voluntariamente a realizar las actuaciones tendientes a obtener reclamación laboral ilícita en el marco del desfalco de FONCOLPUERTOS, determinando a los servidores públicos que disponían del erario, configurándose los punibles de peculado por apropiación.

2. La Parte Civil.

La representante de la UGPP imploró sentencia condenatoria.

Luego de relatar el origen de la investigación, señaló que OROZCO CÁRDENAS es responsable del delito achacado, toda vez que promovió varias reclamaciones judiciales que cursaron en los Juzgado Laborales del Circuito de Barranquilla, los cuales fundamentaron la emisión por parte de FONCOLPUERTOS de resoluciones para pagar las sentencias de primera instancia, lo anterior a pesar de que fue bien liquidado en sus prestaciones y pensión al momento del retiro, como dan cuenta el informe pericial contable y las revocatorias de los referidos fallos.

Aseveró que el procesado se favoreció de procesos irregulares, actuando como determinador con dolo para lograr los reconocimientos de sumas elevadas por prestaciones improcedentes sin ningún sustento, por lo que no hay duda de su responsabilidad, sumado a que no son creíbles sus exculpaciones.

Por último, deprecó el pago indexado de perjuicios, dejar sin efectos los actos y resoluciones que dieron lugar a los presentes ilícitos, al igual que se ordene el restablecimiento del derecho.

3. La Defensa.

El apoderado del acriminado solicitó sentencia absolutoria.

Adujo que los hechos se originaron en el proceso laboral adelantado por el abogado ARNULFO RAFAFEL OLIVERO TORRENEGRA, quien le dijo que le asistía el derecho de reclamar a su apadrinado.

Aseveró que su defendido obró de buena fe, confiando en su abogado, máxime cuando debido a su precaria escolaridad y falta de formación en el área del derecho, no estaba en la capacidad de conocer el dolo específico, a lo que agregó que no es cierto que por haber laborado 20 años en la empresa estatal conociese de las minucias de la Convención Colectiva de Trabajo (en lo venidero CCT), por lo que se configura la causal de ausencia de responsabilidad.

Solicitó la prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que el peculado por apropiación es un punible de conducta instantánea, siendo indiferente si se difirieron los efectos en el tiempo, lo cual no lo torna en un delito permanente, por lo que feneció la acción al haber transcurrido más de 20 años desde que se emitieron la sentencia y el mandamiento de pago en el año 1992, y la resolución en 1996.

Además dijo que la acusación se realizó por el delito de peculado por apropiación simple, y no agravado, razón por la cual los 15 años finalizaron en 2011, y, en gracia de discusión, si fuese agravado el punible, los 20 años fenecieron en 2016.

VII. CONSIDERACIONES

Visto que el presente caso se encuentra para emitir sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de las conductas punibles de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y sucesivo en las condiciones de la acusación conformada por pronunciamiento de primer y segundo grado, de conformidad con lo establecido en los artículos 77 y 83 del CPP y el Acuerdo PSAA13-9987 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de septiembre de 2013, mediante el cual se asigna el conocimiento exclusivo para adelantar procesos en temas de FONCOLPUERTOS, este Despacho está habilitado para pronunciarse de fondo sobre el particular.

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

Empero, de cara al principio de prioridad que exige resolver en primer lugar lo pertinente al señalamiento por la defensa del señor OROZCO CÁRDENAS al cuestionar la vigencia de la acción penal, debe el Despacho manifestarse acerca de la declaración de prescripción de la acción penal, ya que en el evento de prosperar harían totalmente inviable pronunciarse en torno de los tópicos centrales de la sentencia.

1. Sobre la prescripción de la conducta endilgada.

En audiencia pública el representante judicial del señor OROZCO CÁRDENAS peticionó declarar la extinción de la acción penal por prescripción. Al respecto, adujo que transcurrieron más de 20 años respecto de la emisión de la sentencia y mandamiento de pago del Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla, teniendo en cuenta que el pliego de cargo de segundo grado es del 24 de enero de 2020, a lo que agregó que el peculado por apropiación es un punible de conducta instantánea, aunado a que fue una conducta simple y no agravada; no obstante se observa que el Fiscalía, como Juez del sumario, ya se pronunció al respecto.

El Estrado advierte que siendo el Fiscal el funcionario judicial del sumario, esto es, el Juez natural y competente de la Instrucción, aviene claro que en el presente asunto ya se había emitido decisión judicial de fondo en torno del tema de la prescripción propuesta nuevamente por la defensa, en el sentido de no hallarla materializada. Cabe destacar que aunque este examen se realizó con agotamiento de la doble instancia, y se definió completamente con el pronunciamiento de segundo nivel, es claro que culminó en el mismo momento en que cobró firmeza la acusación, toda vez que se adoptó en la misma resolución que confirmó el llamamiento a juicio, de forma que al no haber variado los límites entre los cuales ha de calcularse el lapso prescriptivo, según lo referido por este Estrado y por la Fiscalía, se detecta que la materia acerca de la cual el defensor pretende nueva decisión, ya fue objeto de examen, de modo que al ser diáfano que en este caso la acción penal no prescribió, el Juzgado se sujetará a lo ya resuelto sobre el particular por el ente acusador.

No obstante, vale manifestar en torno del particular que aunque la defensa parte confusamente del errado presupuesto de que para contabilizar el término prescriptivo se ha de tener en cuenta la data de las providencias judiciales emitidas por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla al margen de las repercusiones patrimoniales de las mismas, salta a la vista de bulto el desatino de la propuesta desde el mismo instante en que el apoderado desliga la conducta analizada del impacto económico que le es propio, máxime cuando olvida que en tratándose de un supuesto comportamiento atentatorio contra las arcas públicas, aviene necesario establecer en el tiempo el o los momentos en los cuales se produjo de forma consumada o tentada la probable esquilmación del erario, siendo por ello imprescindible definir probatoriamente la época en que se materializaron las presuntas lesiones del tesoro nacional, y, por ende, el lapso prescriptivo ha de contabilizarse para los ilícitos consumados desde el último momento de la defraudación o para los tentados desde el último acto inequívocamente dirigido a dicho fin que fue frustrado.

En este orden, la errada premisa de la que parte la defensa revela de entrada la improsperidad de su pedimento, máxime cuando la tesis sostenida en la acusación

se yergue sobre el señalamiento de que al parecer al acriminado le fue reconocida la pensión de forma ilícita y los efectos dañinos contra el erario se han mantenido desde entonces y durante el pago de cada una de las mesadas, hasta la suspensión de sus efectos jurídicos y económicos con la resolución 002600 del 30 de noviembre de 2011, situación que impide sostener que desde ese momento hasta la ejecutoria de la acusación hubiere transcurrido un lapso equivalente o superior al de la pena máxima legal imponible, ora si es 15 años en el caso de que sea simple la conducta, ora si es 20 años en el caso de ser agravada, o que entre la ejecutoria en mención y la fecha de esta decisión se hubiere agotado al menos un tiempo igual a la mitad del acabado de indicar.

Adicionalmente, vale reiterar que en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia¹⁰, en un caso de FONCOLPUERTOS, ha establecido en torno de la contabilización del término prescriptivo del delito de peculado por apropiación cuando hay prolongación de los efectos económicos y jurídicos por pago de mesadas pensionales, que el lapso se debe contabilizar desde el último acto de apropiación. Así, adujo que:

“... 32. Por ello, al tenor del art. 84 inc. 2° del C.P. 2000 (así como a la luz del art. 83 del CP 80), el término de prescripción comienza a contar desde la perpetración del último acto. En ese sentido, si bien el detrimento al patrimonio público inició con un pago correspondiente al ilegal reajuste de las pensiones -con efectos retroactivos, mediante la Resolución 1175 del 3 de octubre de 1994-, la afectación pecuniaria siguió produciéndose con posterioridad a la nota débito N° 003945 del día siguiente, mediante la cual se pagaron los montos reconocidos en dicho acto administrativo.

33. El reajuste implicó que las mesadas pensionales de los beneficiarios se incrementaran y, con un mayor valor de origen ilícito, se continuaran pagando mensualmente, pese a su ilegal liquidación. Esto, indiscutiblemente, condujo a la prolongada realización de la conducta típica hasta que, mediante decisión judicial del 30 de mayo de 2008, se decretó la cesación de efectos jurídicos del acto administrativo mediante el cual se reliquidaron las pensiones con manifiesta contravención de la ley.

(...)

34. Esa interpretación aplicada por el tribunal, valga destacar, es del todo compatible con el entendimiento que del asunto ha fijado la jurisprudencia.¹¹ Sobre el particular, mediante CSJ AP2976-2020, rad. 56.482, reconstruyendo la línea aplicable al asunto, la Sala puntualizó:

Es por esto por lo que la Sala ha sostenido, en alusión al momento consumativo del delito, que se presenta cuando «el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo»¹², pues no de otra manera se concretaría el verbo apropiar, contenido en la descripción típica de la conducta.

Al acto de apropiación o apoderamiento se puede llegar en virtud de gozar el servidor público de disponibilidad material o disponibilidad jurídica sobre el bien. La primera se presenta cuando el bien está materialmente bajo su custodia. La segunda, cuando no lo está, pero puede disponer del mismo en virtud de las funciones que le han sido asignadas.

(...)

Frente a decisiones que ordenan el pago periódico de sumas de dinero que se proyectan en el tiempo, la Sala ha reconocido que se trata de un acto complejo, donde converge la orden del juez de disposición jurídica y la fecha en que se

¹⁰ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 28 de septiembre de 2022, radicado 61904, M.P. Myriam Ávila Roldán.

¹¹ La contabilización del término de prescripción en el delito de peculado, desde que ocurre el último pago, hace parte de la línea jurisprudencial contenida, entre otras, en las decisiones SP, rad. 39.414 de 24 de julio de 2012; SP9087-2014, rad. 39.356; SP, rad. 39.353, de 2 de julio de 2014; SP9235-2017, rad. 49.020; SP8914-2017, rad. 47.833; SP364-2018, rad. 51.142 y SP2552-2020, rad. 56.609.

¹² SP8914-2017, rad. 47833, SP235-2017, rad. 49020, SP364-2018, rad. 51142 y SP2552-2020, rad. 56609 -entre otras-.

materializa la conducta mediante la disposición material, la cual se extiende hasta cuando cesen los pagos:

Se ha dicho en específico:

«En estas condiciones, las conductas objeto de investigación no se consumaron en la fecha en que se proferieron los fallos, pues como lo tiene admitido la jurisprudencia de la Sala, su ejecución se desplegó en varios actos, en la medida en que expedida la sentencia laboral... y por tratarse de mesadas pensionales, a partir de ese momento se causaron múltiples pagos periódicos cuyas consecuencias se proyectaron en el tiempo (...).»

«La ejecución, en consecuencia, no podía hacerse en un solo acto, sino una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico regido por el mismo designio criminal; propósito que consistió en declarar ilegalmente que el monto de la pensión reconocida a favor de los demandantes era inferior a la que se les liquidó en su momento y, por supuesto, en ordenar que el reajuste de esas mesadas se les pagaran en adelante, periódicamente, cada mes, lo que en efecto ocurrió hasta cuando las sentencias constitutivas de prevaricato fueron revocadas»¹³.

En términos más puntuales ha sostenido que, en estos casos, el delito se consuma con el primer pago, pero por la modalidad de la conducta, sus efectos patrimoniales se extienden en el tiempo generando un estado antijurídico solo determinable con el avanzar del mismo¹⁴, y que por tratarse de una sucesión de actos el término prescriptivo debe contabilizarse desde la última acción.

35. Acorde con esas razones, en el asunto bajo examen, el conteo del término de prescripción en la investigación ha de iniciar el 30 de mayo de 2008, fecha de la sentencia anticipada proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá contra LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ, a quien condenó como autor de peculado por apropiación, en calidad de exgerente de Foncolpuertos. En esa decisión fue que se decretó la cesación de los efectos jurídicos de las resoluciones proferidas ilegalmente, incluida la que dio lugar a los pagos aquí concernidos”.

En este sentido, se impone al Juzgado ceñirse a lo ya resuelto por el órgano persecutor acerca de la inoperancia del citado instituto extintivo de la acción penal, con la claridad acaba de ilustrar acerca del término de prescripción que rige para el presente caso.

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

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

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra el procesado ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación, en el grado de determinante, derivado del reconocimiento de sumas dinerarias producto de la reliquidación de prestaciones sociales, sin ningún fundamento jurídico ni factico; originados por el fallo del 19 de noviembre de 1992 y el mandamientos de pago del 2 de julio de 1993 emitidos por los Juzgados 5 Laborales del Circuito de Barranquilla, cancelados a través de resolución 892 de 15 de mayo de 1996 que reajustó la mesada pensional del acriminado.

¹³ CSJ SP, rad. 39.352 de 20 de febrero de 2013.

¹⁴ CSJ SP, rad. 38.384 de 21 de marzo de 2012.

La referida sentencia fue revocada posteriormente en sede de consulta por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 31 de agosto de 2004; y, en consecuencia, mediante resolución 002600 del 30 de noviembre de 2011 del GIT se revocó la resolución 892 de 1996, entre otra, así como que se ordenó el reintegro de las sumas canceladas.

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”.

3. 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 ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS prestó sus servicios en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, ingresó el 23 de agosto de 1977, y se retiró el 27 de noviembre de 1990, ocupando como último cargo el de aguatero¹⁵.

Está probado que ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS otorgó poder a ARNULFO RAFAFEL OLIVERO TORRENEGRA para lograr la condena contra FONCOLPUERTOS *“... por el valor de la reliquidación de las primas de vacaciones convencional y prima de antigüedad por estar mal liquidadas...”*¹⁶.

Con dicho mandato, se presentó demanda ordinaria laboral¹⁷ que culminó en sentencia dictada por el 19 de noviembre de 1992¹⁸ por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó a FONCOLPUERTOS pagar la reliquidación de vacaciones y prima de vacaciones de los años 1982 a 1984, ya que le fueron mal liquidadas.

¹⁵ Folio 232, C.O. 1 de juzgamiento.

¹⁶ Folio 3, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹⁷ Folios 5 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹⁸ Folios 120 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

El 2 de julio de 1993¹⁹ se libró mandamiento de pago por valor de \$738.602,11.

Con base en dichas providencias, mediante resolución 892 de 15 de mayo de 1996²⁰, la entonces Directora de FONCOLPUERTOS, DEYFAN SILVA MENESES, y por intermedio del abogado RICARDO RAFAEL PRETEL PACHECO, ordenó modificar la mesada pensional de OROZCO CÁRDENAS a la suma de \$634.020 a partir del 1 de abril de 1996, así ordenó el pago de diferencias pensionales en la suma de \$4.983.330.

No obstante, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo actuando en sede de consulta y con providencia del 31 de agosto de 2004²¹, revocó la mentada sentencia 19 de noviembre de 1992 proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla, y, en consecuencia, absolvió a FONCOLPUERTOS, toda vez que no se aportó en debida forma la CCT.

Entonces, con fundamento en aquel fallo de consulta, a través de la resolución 002600 del 30 de noviembre de 2011²² el GIT del Ministerio de la Protección Social se revocó parcialmente los efectos jurídicos y económicos de la referida resolución 892 de 1996, entre otras, en lo que se refieren al exportuario ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, y se ordenó reintegrar la suma de \$72.473.218,59, monto que, respecto de los hechos acá investigados y sometidos a juicio, realmente corresponde a **\$58.857.455,59** por las mesadas pensionales pagadas hasta noviembre de 2011²³ (**109,89 SMLMV del año 2011**), luego de descontar lo relativo a la resolución 1136^a de 1994 (\$13.615.763).

Acorde con el memorando 009 de 17 de noviembre de 2011 del GIT²⁴, se señaló que: “... el monto de la pensión del señor OROZCO CÁRDENAS, **se modificó** en marzo de 1994 en **\$166.865,66**, como consecuencia de la **sentencia de 19 de noviembre de 1992 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla**”.

4. 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.

4.1. Reliquidación de vacaciones y prima vacacional de los años 1982-1984 a ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS.

Acerca de este punto subraya el Despacho que en lo relativo a los reconocimientos efectuados en favor del exportuario acriminado ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, consistentes en el pago de reliquidación de vacaciones y prima de vacaciones de los años 1982 a 1984, fundadas en la indebida liquidación de dichas prestaciones sociales, son contrarios a derecho.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 87²⁵ de las CCT de los años 1981 – 1982 y en la de los años 1983 – 1984 aplicable a varios Terminales Marítimos, incluidos

¹⁹ Folios 138 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

²⁰ Folio 26 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

²¹ Folios 161 y ss, C.O. 3 de juzgamiento.

²² Folios 2 y ss, C.O. 2 del sumario.

²³ Folio 13, C.O. 1 del sumario.

²⁴ Folios 7 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

²⁵ “Artículo 87: VACACIONES. Los trabajadores de los Terminales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta y Obras de Conservación de Bocas de Ceniza, tendrán derecho a quince (15) días hábiles y

el de Barranquilla, establece la forma de liquidar las vacaciones y prima de vacaciones a los trabajadores a destajo, desempeñando el acriminado para la época el cargo de estibador²⁶, y, que el fallo del 19 de noviembre de 1992 proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla estimó la indebida liquidación de dichas prestaciones sociales al no tenerse en cuenta el verdadero promedio salarial y las operaciones a realizar a efectos de establecer el monto de las vacaciones y prima de vacaciones en dichos períodos; no menos cierto resulta que el Estrado encuentra que mediante sentencia del 10 de noviembre de 1986²⁷ emitida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Barranquilla también se reconoce en favor de ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS la diferencia de prima vacacional y la diferencia de vacaciones de los años 1981 a 1984, fallo que reposa en la hoja de vida laboral del acriminado, lo que da cuenta de su cobro.

De hecho, se aprecia que en dicho fallo del 10 de noviembre de 1986, donde el abogado ARNULFO RAFAFEL OLIVERO TORRENEGRA también representó al procesado, se establece que COLPUERTOS no tuvo en cuenta que OROZCO CÁRDENAS era un trabajador a destajo, sino que lo tomó como un trabajador fijo, por lo que erró al momento de liquidar las vacaciones y prima de vacaciones de los años 1981 a 1984, lo que generó las correspondientes reliquidaciones.

En este orden de ideas, no era viable el reconocimiento impartido por el Juez de instancia al reliquidar las vacaciones y prima de vacaciones de los años 1982 a 1984, al emerger sin ninguna hesitación como un doble reconocimiento y pago, por lo que dicha erogación dineraria comportó una lesión al peculio estatal.

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

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

Cabe memorar que sobre este tópico la Ley y la jurisprudencia señalan que en materia laboral tal escrutinio oficioso es de obligatorio cumplimiento de conformidad

consecutivos de vacaciones remuneradas por cada año continuo de servicio. Dichas vacaciones serán reliquidadas de acuerdo al salario promedio devengado por el trabajador durante el último año de servicio. Para el personal fijo de los Terminales de la Costa Atlántica y Obras de Bocas de Ceniza y los Supervisores intermitentes de Barranquilla, el salario promedio para efectos de reconocer dichas vacaciones, será el que resulte de dividir los salarios recibidos en el último año de servicio por trescientos sesenta (360) días.

Para los trabajadores a destajo y aguadores de los Terminales de la Costa Atlántica, Operadores de Equipo (elevadores, tractores y operadores de grúa) de los Terminales de Barranquilla, Santa Marta y Supervisores Auxiliares intermitentes de Cartagena, el salario promedio para efectos de reconocerles sus vacaciones, será el que resulte de dividir los salarios recibidos durante el último año de servicio por el número de horas ordinarias y extraordinarias efectivamente trabajadas en este último lapso, multiplicados por ocho (8) horas para establecer el valor día.

PARAGRAFO. *La Empresa reconocerá y pagará una prima de vacaciones equivalente a quince (15) días de salario promedio por el último periodo de vacaciones vencido...*

²⁶ Folio 221, C.O. 1 del sumario.

²⁷ Folio 180 (reverso), C.O. 1 del sumario.

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 FONCOLPUERTOS²⁸, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

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

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

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

Acompasando estos lineamientos con los eventos materia de estudio, no ofrece duda que la sentencia emitida por el referido Juzgado 5 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 la consulta respecto de los fallos adversos a COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra el acusado por el hecho de que para la época de emisión de la sentencia no se tuviera la definición en la jurisprudencia nacional sobre la perentoriedad del ejercicio del grado oficioso de revisión comentado, sumado a que el sometimiento de la actuación al mismo no corresponde a un deber atribuido por Ley a la parte actora, sino en principio a la judicatura por tratarse de un trámite oficioso, que para ese momento, se recuerda, tenía en duda su obligatoriedad.

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

No obstante, el hecho de que tal fallo no fuera impugnado en alzada, se hubiere desistido de la apelación, se declarase desierta la alzada, o ese grado de revisión oficiosa no se realizara en el tiempo oportuno sino mucho después, condujo a que

²⁸ 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.

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 mentada sentencia y mandamientos de pago proferidos por el mencionado Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla, como ya se analizó, aviene libre de hesitación que el demandante carecía del derecho material para recibir los conceptos en las cantidades pretendidas, y que la revocatoria de la sentencia pone de presente que la misma era lejana del 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” ²⁹.

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

Se detalla que el mandamiento de pago referido, que fue emitido por el referido Juzgado 5 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.

²⁹ 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Tipicidad.

5.1. El Despacho, luego de encontrar probadas las irregularidades referidas, estudiará si son constitutivas de las conductas por las cuales 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”*³⁰.

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”*³¹. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo³². 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 (…)”*³³.

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

Es necesario que dichos bienes se hubieren confiado al servidor público para su administración, tenencia o custodia, por razón o con ocasión de sus funciones, es decir, que los bienes deben haberle sido entregados con una finalidad o intención específica, esto es, para su administración, tenencia, o custodia, y dicha potestad para administrar, custodiar o tener la debe fijar la norma jurídica que rige la

³⁰ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

³¹ PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal: partes general y especial. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

³² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

³³ CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

respectiva función adscrita al servidor público, pudiendo asumir, en algunos casos, la forma de un acto administrativo.

Finalmente, frente a la expresión “por razón o con ocasión de sus funciones”, es preciso manifestar que *“la entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia, física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidor, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*³⁴. 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”*³⁵.

Ahora, de vuelta al asunto de la especie, si bien no le corresponde al Despacho realizar el juicio de responsabilidad del o de los Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla que emitieron las decisiones cuestionadas, 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 limitada³⁶, que la conducta del autor no sólo sea típica sino también antijurídica.

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

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

Conforme a lo reseñado, las sumas reconocidas en la sentencia y mandamiento de pago emitidos por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla en favor de ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, junto con la resolución 892 de 15 de mayo de 1996 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 las providencias judiciales proferidas por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla, junto con la resolución 892 de 15 de mayo de 1996 que las cancelan, proferidas por la concurrencia del exportuario OROZCO CÁRDENAS, fallo que fue revocado en sede de consulta por el respectivo superior

³⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

³⁵ *Ibidem* pág. 97

³⁶ “(...) 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.

funcional, reconocieron la reliquidación de vacaciones y la prima vacacional de los años 1982 a 1984, así como el consecuente reajuste pensional, producto de reconocimientos contrarios a derecho por dobles reconocimientos y pagos, toda vez que ya habían sido reconocidos dichas reliquidaciones en pretérita oportunidad también mediante fallo judicial; reconocimientos, que de acuerdo con lo indicado, no tenían sustento legal ni convencional, por lo que los aludidos servidores públicos, concurren 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.

En lo atinente a la cuantía, vale referir que los \$58.857.455,59 que atañen a las mesadas pensionales pagadas hasta noviembre de 2011, producto de la resolución 892 de 15 de mayo de 1996 junto con la sentencia del 19 de noviembre de 1992 emitida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla, y, que corresponden a **109,89 SMLMV del año 2011**, y, como indicó la defensa, no se adecua al monto exigido en el inciso 2º del canon 397 del CP primigenio, y por ende se debe adecuar a la modalidad simple del reato analizado (inciso 1º del artículo 397 del CP primigenio).

Por tales motivos, el Despacho encuentra acreditado que la conducta escrutada es objetivamente típica y antijurídica, y corresponde al punible de peculado por apropiación simple acorde con el inciso 1º de la actual codificación represora, dado que en razón de los comportamientos perpetrados por servidores públicos habilitados para disponer del erario, terceras personas se vieron amparadas con actos enderezados a la apropiación indebida de bienes estatales que estaban bajo su administración y custodia en atención a sus funciones, por cuantía que no supera los 200 SMLMV, configurando con ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

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

En lo atiente a la responsabilidad del exportuario ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, 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, otorgó poder a profesional del derecho, para obtener por distintos medios el reconocimiento de montos sin ningún sustento jurídico ni fáctico, como lo fue la obtención de la reliquidación de vacaciones y prima vacacional, así como el reajuste de la mesada pensional, producto de los referidos conceptos ilegales e irregulares, contraviniendo las normas convencionales y jurisprudenciales, para que se le reconociesen mediante providencias judiciales y 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 13 años laborados en la entidad, conocía las prestaciones sociales a las que tenía derecho, y, así, otorgó en varias oportunidades poderes al mismo togado para lograr de cualquier forma y a través de cualquier clase de pretensión el reconocimiento de sumas dinerarias contrarias al peculio estatal, y adicionalmente, conocía que en dos ocasiones se accionó contra la extinta empresa estatal por las mismas pretensiones.

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 haber iniciado, a través del abogado ARNULFO RAFAFEL OLIVERO TORRENEGRA, proceso laboral para reclamar la reliquidación de vacaciones y prima vacacional de los años 1981 a 1984, y, a pesar de ello, reclamar nuevamente el pago de dichas prestaciones sociales mediante el mismo togado, lo que indica que procedió con un fin ilícito de aumentar su patrimonio a costa de las arcas estatales.

También se destaca que el señor OROZCO CÁRDENAS otorgó múltiples poderes a distintos abogados para reclamar administrativa y judicialmente distintos conceptos a FONCOLPUERTOS, no sólo en el comportamiento ampliamente analizado en este fallo, sino también en otros numerosos eventos, incluido en el que se declaró la prescripción oficiosa, con los que obtuvo el reconocimiento de varias resoluciones administrativas³⁷ como la 2070 de 1998 (acta 62 de 1998), 2226 de 1998, 242 de 1994, 245 de 1994, 1136^a de 1994, así como las 2133, 2574 y 2668 de 1995, lo que evidencia la intención desmedida de reclamar conceptos para obtener por cualquier medio reconocimiento ilegales contrarios al peculio estatal.

Así, se evidencia, que 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, a lo que se agrega que en este asunto, interpuso la misma reclamación en dos ocasiones, obteniendo reconocimientos dinerarios en desmedro de la Nación.

Tampoco media hesitación en cuanto que fuera de dominio del imputado que al otorgar poder, para adelantar proceso ordinario laboral y solicitar nuevamente la reliquidación de vacaciones y prima vacacional, y, como consecuencia de ello, se condenara al reajuste pensional 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 nuevamente reclamación para obtener la reliquidación de vacaciones y la prima vacacional de los años 1982 a 1984, a pesar de haber obtenido el mismo reconocimiento unos años antes a través del mismo abogado, se desencadenarían reconocimientos a cargo de la Nación por el mismo concepto, de donde se colige la intención defraudatoria, aunado a que tampoco resulta admisible pregonar que le fuera desconocido que no es lícito lograr un nuevo pago por conceptos que ya le han sido cancelados.

³⁷ Folio 10 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

Cabe ahora memorar que el señor ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS señaló en su injurada que luego del retiro de la empresa le dio poder a OLIVERO TORRENEGRA, por recomendación de compañeros.

Además, sostuvo que no tuvo conocimiento de los procesos laborales ni las actuaciones que se desprendieron de éstos.

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, más aun cuando el otorgamiento de múltiples poderes con fines reclamatorios en otras oportunidades, reflejan la proterva intención de apropiarse de dineros estatales bajo cualquier pretensión, configurando las conductas típicas y antijurídicas aquí estudiadas, sin que sea válido achacarle su responsabilidad al togado que lo representaron.

De hecho, cabe aquí memorar que el acriminado suscribió poder de cuyo contenido emerge que era sabedor de los conceptos que el profesional del derecho reclamó en su nombre, por lo menos en dos oportunidades, mediante acciones adelantadas contra una entidad pública, de modo que era claro para el mismo los pedimentos enderezados a obtener la reliquidación de prestaciones sociales y el reajuste pensional por la inclusión de factores ilegales, sin que tuviera derecho a ello, con cargo al tesoro de la Nación.

Estas conclusiones revelan que el acusado 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, 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, propósito que no se concretó por circunstancias ajenas al sindicado.

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 examina³⁸, puesto que aviene ineludible 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.

³⁸ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

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 correspondía³⁹.”

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 casación⁴⁰- 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...⁴¹”

³⁹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido sentencias y autos de casación, y como juez de primera y segunda instancia por hechos referidos a la defraudación de Foncolpuertos por delitos de peculado, prevaricato, fraude procesal, estafa, falsedad, concierto para delinquir y otros punibles, así: 07/11/2001, radicación 18882; 12/05/2000, radicación 16863; 25/09/2001, radicación 18021; 28/11/2002, radicación 17022; 16/12/2002, radicación 19095; 21/01/2003, radicación 19489; 06/03/2003, radicación 18021; 23/04/2003, radicación 18021; 27/05/2003, radicación 18666; 26/11/2003, radicación 19630; 09/02/2005, radicación 23153; 04/05/2005, radicación 23550; 15/11/2005, radicación 24466; 26/01/2006, radicación 20647; 18/05/2006, radicación 23350; 01/06/2006, radicación 21428; 16/06/2006, radicación 24746; 16/06/2006, radicación 24145; 16/06/2006, radicación 23954; 22/06/2006, radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615; 23/11/2006, radicación 26300; 23/11/2006, radicación 26091; 01/02/2007 radicación 26198; 28/02/2007, radicación 23564; 28/02/2007, radicación 25475; 07/03/2007, radicación 23979; 21/03/2007, radicación 26695; 27/03/2007, radicación 27124; 09/04/2007, radicación 27124; 11/04/2007, radicación 25612; 20/04/2007, radicación 27124; 27/04/2007, radicación 27124; 03/05/2007, radicación 27124; 06/06/2007, radicación 25661; 27/06/2007, radicación 27393; 01/08/2007, radicación 27598; 01/08/2007, radicación 25263; 15/08/2007, radicación 25800; 06/09/2007, radicación 27092; 28/11/2007, radicación 24905; 28/11/2007, radicación 27225; 30/01/2008, radicación 25043; 20/02/2008, radicación 27425; 29/02/2008, radicación 29222; 06/03/2008, radicación 29317, entre otros asuntos.

⁴⁰ Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

⁴¹ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Es claro que el procesado utilizó este contexto como oportunidad y escenario propicio para perpetrar la conducta que se examina⁴². En efecto, se aprecia que el mismo se encontraba en el momento en el que la entidad estatal estaba sometida por un inmenso número de extrabajadores a reclamaciones y demandas judiciales enderezadas a obtener el pago de todo tipo de rubros, lo que hace emerger a la luz de los principios que gobiernan la sana crítica, la persuasión racional y la valoración probatoria el indicio de oportunidad grave contra la acriminada, máxime cuando sus reclamaciones se enderezaron a lograr efectos dinerarios ilícitos, y cuando al interior de FONCOLPUERTOS era conocida la ligereza con que sus dependencias internas emitían conceptos en torno de las presuntas conductas delictivas cometidas con las reclamaciones y su acogimiento, la falta de defensa integral de la Nación, y el bajo nivel de importancia dado al control respecto de las peticiones formuladas y de los conceptos estimados por los Jueces Laborales del Circuito, como se desprende de los medios documentales incorporados oficiosamente por este Estrado mediante traslado oficioso de prueba de otros procesos.

Finalmente, corrobora lo expuesto el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del “escándalo” de la referida Empresa Portuaria, el cual sin duda alguna era sabido por los abogados, los exempleados y dirigentes de esa entidad así como por la comunidad nacional, percibiéndose que los mismos trabajadores junto con los abogados ante su eminente liquidación, utilizaran en provecho propio el momento propicio que se brindaba y que les garantizaría la prosperidad de sus pretensiones, por más descabellados que fueran sus fundamentos e ilícita su finalidad, y el pago de las mismas, mucho más cuando 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 portuaria⁴³.

⁴² La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

⁴³ 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

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, reitera⁴⁴:

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

Todo aquel ámbito de caos de la empresa portuaria, fue aprovechado por el procesado, pues con el recuento anterior, se muestra como 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, los múltiples reclamaciones que develan su interés defraudatorio, y el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, el Despacho no halla duda alguna respecto del compromiso subjetivo de este acusado, ni tampoco del dolo con el que actuó.

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

6. De la determinación

Enseguida, el Despacho se referirá al grado de concurrencia personal del procesado hallado responsable 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

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.

⁴⁴ Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najjar Moreno.

elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

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

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

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

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

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

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

La doctrina referente a la figura del determinador ha señalado que *“es un partícipe cuya responsabilidad penal se fundamenta en el dispositivo amplificador y se rige por el principio de accesoriadad limitada; el determinado, ejecutor material, es el verdadero autor que tiene el dominio de hecho y por tanto debe reunir las características personales exigidas en el tipo”*⁴⁵. 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”*⁴⁶.

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

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

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

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

La Corte, al respecto, ha dicho:

⁴⁵ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de derecho penal, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

⁴⁶ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

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 determinado⁴⁷.

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

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

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

(...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación⁴⁸.

En otra oportunidad dijo:

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

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

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

*esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinante sino verdadero coautor material del injusto típico*⁴⁹.

(...)

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 determinante 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 determinante. 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 determinante 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 determinante, 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 determinante, al particular que sin ejecutarla directamente, induce 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 ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, es responsable a título de determinante del reato de peculado por apropiación, toda vez que si bien es cierto que la doctrina penal ha admitido que la determinación se fragua a través de las modalidades a las que hace mención, no lo es menos que tales corresponden únicamente a ejemplos de mecanismos, sin que alguna vez hubiese establecido un número cerrado (*numerus clausus*), de allí que haga también referencia a ‘Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema...’ o a ‘cualquier otro medio’ (*numerus apertus*) que viabilice efectivamente que el determinante 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 poder a profesional 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

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

para su beneficio, como lo fue que se reconocieran de manera irregular conceptos laborales en las mentadas providencias judiciales, y que la entidad estatal emitiera la resolución administrativa mediante la cual se ordenó pagar montos mediante reajuste pensional sin ningún sustento fáctico ni tampoco jurídico.

El procesado, como extrabajador, facultó a togado mediante acto que derivó todas las 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 vacaciones y prima vacacional, así como el reajuste de mesada pensional 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, 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 el encausado con su conducta criminal la comisión del ilícito aquí analizado.

La solicitud elevada por el procesado constituyó el motivo que impulsó el trámite que a su turno culminó en las providencias judiciales y la resolución mentada. 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 y reajuste de la pensión, y apropiación de los dineros del Estado.

Por tal razón, contrario a los argumentos defensivos del protector técnico del acriminado OROZCO CÁRDENAS, 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.

7. La antijuridicidad.

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

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

jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa”⁵⁰. En el mismo sentido se ha decantado lo que comprende dicho bien jurídico, cuando se manifiesta que “se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”⁵¹.

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”⁵².*

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 OROZCO CÁRDENAS, consistente en otorgar poder, para obtener providencias judiciales y las consecuentes resoluciones administrativas, mediante las cuales buscaba el pago de la reliquidación de prestaciones sociales y el reajuste de mesada pensional 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 concurren 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.

8. 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”*.

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*

⁵⁰ BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 1

⁵¹ FRANCISCO JOSÉ FERRERA, Delitos contra la Administración Pública. 3 ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

⁵² CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 93-94.

que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”⁵³.

Respecto de este elemento requerido para la concreción del punible, el Despacho considera que la señor ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS 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 concedora 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 **ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS** actuó en calidad de **determinador responsable** de la conducta 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.

VIII. PUNIBILIDAD

El Despacho procederá a establecer el castigo legal a imponer al acusado por la comisión de la conducta punible cometida, 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 2° del canon 61 del estatuto penal; y, finalmente, fijado el cuarto correspondiente en el que se moverá, impondrá la sanción correspondiente según el inciso 3° del mandato 61 del CP.

1. De la sanción privativa de la libertad

El peculado por apropiación apareja 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. Empero, en los casos de circunstancia de agravación por cuantía superior a 200 SMLMV dicha sanción se aumentará hasta

⁵³ CÓRDOBA ANGULO, Miguel. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

en la mitad; no obstante, en el presente caso los valores corresponden a una cuantía que 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	ULTIMO 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 2° del mandato 61, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, esto es, que oscilará 72 a 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 afinca 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 atinente al área de las pensiones en el sector público, punto que revela su importancia e impacto estatal y social.

Se observa la actuación del acriminado 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 los punibles de peculado por apropiación en las condiciones ya examinadas, delitos atentatorios 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...”⁵⁴.

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder de este acusado, se detalla que la lesión efectivamente causada con su conducta menoscabó el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valores que no han sido reintegrados mediante descuento por nómina, ni tampoco por devolución voluntaria; a esto se agrega que se afectó materialmente la administración pública en otros 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 el comportamiento que desplegaba constituía conducta punible, y aun así la realizó; conocía de las implicaciones de determinar a servidores públicos para apoderarse de bienes del Estado, más 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.

Por estas razones, frente a los principios, fines, necesidad y funciones de la pena consagrados en los artículos 3° y 4° de estatuto represor, estima el Juzgado que la sanción imponible por este delito debe establecerse en el tope inferior y en el punto que coincide con **SETENTA Y TRES (73) MESES DE PRISIÓN, cifra a la que 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 1° del CP se impondrá *“...multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes...”*.

⁵⁴ Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

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 jurisprudencia⁵⁵.

Ahora bien, en torno del hecho relativo al reato de peculado por apropiación simple consumado cometido por OROZCO CÁRDENAS, se tiene acreditado que el valor de lo apropiado es \$58.857.455,59.

Por consiguiente, esta acriminada deberá pagar por **concepto de MULTA** la cifra equivalente a **\$58.857.455,59** la cual respeta el límite 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 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”.

⁵⁵ 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.

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 inadmisibles en casos como el que se examina, según lo expresado por la Sala de Casación Penal⁵⁶, y en la que además el Juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador, lesionando así los principios de reserva legislativa y de legalidad.

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

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

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

Confrontando las dos legislaciones, y anteponiendo el principio constitucional de favorabilidad, se observa que si bien es cierto inicialmente y frente al primer requisito, se podría 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 a los procesados sancionables rebasa con creces tales linderos objetivos, por lo que no se cumpliría dicho requisito de índole objetivo.

No obstante, desde otra óptica, se aprecia que el artículo 471 ritual, en concordancia con el canon 362 inciso 1, establecen el beneficio excepcional de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, decretado por parte del Juez de Ejecución de Penas, o, en este caso, del Juez de Conocimiento, como lo ha reconocido el Alto Tribunal en lo Penal⁵⁷, en los mismos casos de la suspensión de la detención preventiva, dentro de la que se encuentra el evento: *“Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida”.*

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174. Así, en la providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 28 de septiembre de 2022, con ponencia de la H. M. Dra. Myriam Ávila Roldán, dentro del radicado 61904 (SP3371-2022), se adujo: *“... si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 -aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 ídem)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), tal beneficio también puede ser reconocido por el juez de conocimiento o de la causa.”*

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

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

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

Acerca de la posibilidad de conceder la suspensión de la pena por vía excepcional a condenados por delitos de peculado por apropiación en el marco del desfalco de FONCOLPUERTOS, que siendo mayores de 65 años y en circunstancias particulares que denotaban como innecesaria la ejecución de la pena, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Penal ha establecido que⁵⁸:

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

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

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

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

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

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

*Inevitablemente, **debe sujetarse a la totalidad del contenido normativo** y cuando quiera que de éste dimanen rasgos de discrecionalidad, el operador judicial habrá de*

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 28 de septiembre de 2022, radicado 61904, M.P. Myriam Ávila Roldán.

disponer de esa facultad con vistas a los componentes axiológicos de razonabilidad y proporcionalidad; lógicamente, dándole vigencia dentro del asunto, al derecho a la igualdad.

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

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

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

El ordenamiento jurídico en aplicación del principio de solidaridad, de la protección a la dignidad humana y de la tutela especial que requieren ciertos grupos de personas en razón de la vulnerabilidad derivada de su condición etaria, según los artículos 1°, 13 y 46 superiores, reconoce especial amparo al adulto mayor, esto es, a la persona mayor de 60 años de edad, según el artículo 3° de la Ley 1251 de 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 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*

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”.

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 ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS tiene actualmente 82 años. Por ello, debe ser considerado según los lineamientos anteriores como persona de la tercera edad, sujeto de protección constitucional especial, y mayor de 65 años acorde a la exigencia del artículo 362 inciso 1 de la Ley 600 de 2000.

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

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

También percibe el Juzgado la necesidad de efectuar el siguiente balance alrededor de la situación particular del procesado ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, quien como se dijo cuenta en la actualidad con 82 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 7.6%, visto que ya vivió el 92.4%, por ende, se entiende que según el pronóstico estadístico les restaría por vivir 5 años, 4 meses y 22 días.

En este orden, es menester recordar que de cara a los principios y fines de las penas, y en especial al principio de dignidad humana como pilar y directriz indeclinable de la punición, si bien es cierto se encuentra el que atañe al carácter retributivo de las mismas, no menos lo es que también se orientan a garantizar el tratamiento, la resocialización y la integración social de las personas, de donde se colige que la imposición de una condena y la definición sobre los subrogados penales debe tener en cuenta tales baremos, y en el caso de la especie, vista la realidad particular del procesado, no ofrece duda para el Despacho que el confinamiento del mismo en institución penitenciaria, habida cuenta de que el castigo aquí irrogado es de 73 meses, de suerte que en la práctica si hubiere de

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.

cumplir la sanción de forma intramural, la expectativa de vida que le queda no le alcanzaría para egresar vivo del reclusorio, derivándose entonces que en el caso concreto no se cumplirían a plenitud los fines de la sanción corporal si ésta se purga en un establecimiento oficial; pero que sí se lograría bajo el entendido de que el sujeto permaneciendo en su lugar de residencia conserve la garantía de que la sanción respeta su dignidad como persona perteneciente al género humano, su inclusión social y sujeción familiar, como red de apoyo en el proceso de rejerarquización y vivencia de valores, máxime cuando se detalla su arraigo y desempeño social como factores que permiten al Despacho elevar un juicio favorable en torno de la concesión de dicho beneficio a este acusado.

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

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

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

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

X. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

En el asunto concreto, observa el Despacho que la sentencia del 19 de noviembre de 1992 y el mandamiento de pago del 2 de julio de 1993, proferidos por el señalado Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla en favor de ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, fueron revocados por las decisiones de consulta del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo del 31 de agosto de 2004.

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

XI. DAÑOS Y PERJUICIOS

De acuerdo con las disposiciones 94, 95, 96 y 97 del CP, y 56 del CPP, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados, los cuales deberán ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria. En el presente caso se advierte que los daños solicitados por la parte civil, UGPP, corresponden a los perjuicios materiales, y en concreto al daño emergente⁶¹, que de conformidad con el artículo 97 *ibídem* deberán probarse en el proceso.

En la demanda de constitución de parte civil, ésta impetró condena solidaria por la suma de \$72.473.218,59 *“... por haber sido la suma que efectivamente hubiere recibido, debidamente indexada hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el... DANE... Así mismo, deberá condenarse en costas al demandado, a favor de mi representado y en relación con los daños y perjuicios, solicitamos se tengan en cuenta no solo los perjuicios materiales, sino todos aquellos que se presenten de otra índole”*⁶².

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 ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS, producto de su conducta en la emisión de las providencias del Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla y la resolución 892 de 15 de mayo de 1996, concurrió en la apropiación injustificada de \$58.857.455,59, cifra nominal que para el año 2011 corresponde a **109,89 SMLMV**.

Por estas razones se condenará a ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS a pagar solidariamente, con quien resulte también condenado por estos hechos, los perjuicios ocasionados en la suma total de **109,89 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.

⁶¹ 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”.

⁶² Folio 16, C.O. 1 Parte Civil.

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

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

De otro lado, advierte este Estrado que en este caso no se probaron al menos sumariamente, como debe hacerse, las situaciones que harían viable la condena por daños morales objetivados cuando el Estado o una entidad jurídica es víctima de un delito⁶³.

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 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.

⁶³ Consultar acerca de este tema el fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de mayo de 2013, en el asunto 40160, con ponencia del H. M. Dr. Javier Zapata Ortiz.

De cara a este tópico, el Despacho encuentra que la Nación se constituyó como parte civil en este caso por medio de la actividad desplegada por alguna de sus entidades, y efectuó las diligencias concernientes a la defensa y promoción de sus intereses y pretensiones, de forma que acorde a la normatividad legal sustantiva y adjetiva así como administrativa emanada mediante Acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es procedente condenar al aquí penal y civilmente sancionable de quien se tiene acreditada su concurrencia personal y responsable en el ilícito objeto de estudio, a pagar solidariamente a favor de la Nación por intermedio de la UGPP, o de la entidad que 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 efectuó mediante comisión a quienes no tienen domicilio en esta ciudad y no pueden comparecer directamente a este Despacho, mediante comisión acorde a la regla 84 de la Ley 600 de 2000, con miras a que el Juzgado Penal Municipal o del Circuito (o Mixto) competente de la respectiva municipalidad intente la notificación personal según el precepto 178 *idem*, especialmente observando el inciso 3° que reza *“La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga”*, motivo por el cual se remitirá con el despacho comisorio correspondiente solamente una copia de este fallo en texto físico impreso.

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

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

Esta determinación no es restrictiva, de modo que para notificar esta decisión también se utilizarán las vías ordinarias de Ley y, en la medida de la disposición, los mecanismos más expeditos y efectivos de comunicación, de

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CEÑIRSE a lo ya resuelto acerca de la negativa de la prescripción de la acción penal según lo indicado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR al señor **ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS**, 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 \$58.857.455,59; e INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

TERCERO: ORDENAR a **ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS**, pagar individualmente la pena principal de multa en los montos, condiciones y términos indicados en la parte motiva; y **REMITIR** por la secretaría, una vez en firme esta decisión, la documentación en las condiciones de Ley y en las allí referidas para el cobro coactivo de esta pena.

CUARTO: CONCEDER al acriminado **ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos, condiciones y garantías establecidos en la parte motiva pertinente de esta sentencia, lo anterior una vez en firme este fallo.

QUINTO: ABSTENERSE de adoptar las medidas atinentes al restablecimiento del derecho según en el artículo 21 del CPP en torno de las actuaciones señaladas, por los motivos ya aludidos.

SEXTO: CONDENAR a **ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS** a pagar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la representa, los perjuicios ocasionados con el delito por el cual ha sido aquí condenado, según el monto, las condiciones y el plazo indicados con antelación, por las razones arriba expuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR a **ROBINSON ANTONIO OROZCO CÁRDENAS** a cancelar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la representa, las costas, expensas y agencias en derecho, una vez en firme esta decisión y la liquidación respectiva.

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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: 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