

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

CAUSA:	2019-00009
SINDICADO:	DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO
DELITO:	PECULADO POR APROPIACIÓN
SUMARIO:	3829
DECISIÓN:	PRESCRIPCIÓN Y CONDENA

Sentencia N° 003.

Bogotá, D. C. 01 de junio de 2023.

ASUNTO

Habiéndose agotado la vista pública con la exhibición de las posturas presentenciales de los sujetos procesales en la presente causa adelantada contra el señor DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo, a título de determinador, y descartada la concurrencia de vicios invalidantes que comprometan la actuación, procede el Despacho a emitir la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

HECHOS

Los eventos que motivan la presente actuación fueron puestos en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación mediante escrito identificado con el consecutivo GIT-GPSPC-AA-449 de 07 de noviembre de 2011, por medio del cual la doctora ISABEL CRISTINA ESTRADA GONZÁLEZ, en calidad de Coordinadora de Área Administrativa del Ministerio de la Protección Social, y atendiendo la orden adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, FONCOLPUERTOS, en sentencia anticipada de 30 de mayo de 2008, proferida en contra del señor LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, remite copia de la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, a fin de que se investigara el actuar del ciudadano DIÓGENES MEDINA OSORIO como extrabajador de la empresa Puertos de Colombia, en especial, respecto de aquellos actos administrativos derivados del adelantamiento de procesos ordinarios laborales ante los Juzgado Séptimo y Octavo Laborales del Circuito de Barranquilla y los pagos que de estos se derivaran, atendiendo que se trataba de renglones que no contaban

con respaldo normativo o fáctico para que se dispusiera su reconocimiento y erogación; consolidándose con ello el detrimento al patrimonio público.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Se identifica como **DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO**, portador de la cédula de ciudadanía N° 1.740.893 de Pedraza (Magdalena), municipio en el que nació el 28 de mayo de 1939; hijo de DIÓGENES MEDINA SÁNCHEZ y MERCEDES OSORIO (fallecidos); estado civil, unión libre con la señora ADRIANA LUCIA OSORIO PÉREZ sin hijos; grado de instrucción cuarto grado de bachillerato y estudios técnicos en electrónica; de ocupación pensionado de la empresa Puertos de Colombia; residente en la Calle 41 N° 8 D-23, barrio Alboralla de Barranquilla.

ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

La apertura de la etapa preliminar se dio mediante resolución datada el 01 de febrero de 2013¹, en la cual se dispuso además oficiar a la UGPP y al FOPEP a fin de que informara quién era el beneficiario de los pagos derivados de las providencias judiciales materia de investigación, si como consecuencia de éstas se presentaron variaciones en la mesada pensional del extrabajador y si para ese instante se habían efectuado devoluciones de los dineros pagados de más en la nómina; así como el reporte de antecedentes penales a las autoridades de seguridad del Estado.

Con decisión de 30 de abril de 2015², la agencia persecutora, previa exposición de motivos, dispuso la apertura de la instrucción en contra del señor DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO como probable responsable de la comisión del delito de peculado por apropiación, la respectiva vinculación mediante diligencia de indagatoria y el recaudo de algunos medios demostrativos de relevancia para la investigación.

Mediante proveído de 01 de febrero de 2017, se decretó el cierre de la investigación, y se dispuso correr traslado a los sujetos procesales para aportar las alegaciones previas a la calificación, atendiendo el contenido del canon 393 procedimental; pronunciamiento emitido el 30 de junio de 2017, en el que valorada la prueba que integraba el expediente, se decretó no imponer medida que afectara la libertad del señor DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO al advertirse su innecesariedad; acusarlo como presunto determinador de las conductas

¹ Folio 81 c. o. 1 de instrucción.

² Folios 222 y 223 c. o. 1 de instrucción.

de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo y abstenerse de adoptar medidas tendientes al restablecimiento del derecho, al no evidenciarse necesidad de proceder en ese sentido.

Recurrida verticalmente la anunciada decisión por el representante defensivo, se remitió el expediente al superior funcional para lo de su cargo, emitiéndose providencia de **13 de mayo de 2019**, por la Fiscalía Cuarenta Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, disponiendo confirmar la decisión objeto de inconformidad.

La etapa de juzgamiento fue acometida por este Despacho en virtud de la orden dada en auto 604 de 01 de noviembre de 2019, data en la que arribó el expediente a la sede del Juzgado, acto en el que también se destinó fecha para la práctica de la audiencia preparatoria, que tuvo lugar el 10 de diciembre siguiente, oportunidad en la que al estudiar la viabilidad de las pruebas reclamadas por la defensa, se dispuso negar el recaudo testimonial de los abogados que registraban como representantes del procesado en los asuntos judiciales materia de causa; decisión que fue apelada por el apoderado defensivo.

En virtud del mencionado recurso, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante decisión de 14 de septiembre de 2020, dispuso la confirmación de la decisión confutada y mantener la negativa del recaudo probatorio rogado por la defensa. La audiencia pública fue evacuada en sesiones de 28 de enero de 2020, oportunidad en la que se acopió el interrogatorio del procesado; y el 18 de noviembre de la misma anualidad, cuando se escucharon los argumentos presentenciales de los sujetos procesales.

VOCATORIO A CAUSA

La providencia calificatoria se dio el 30 de junio de 2017, en la que expuestos los hechos materia de investigación y las normas presuntamente transgredidas por el sindicado con su actuar, se efectuó el señalamiento por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo, derivado de las reclamaciones realizadas por el procesado DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO por intermedio de apoderado judicial.

El primero de los eventos señalados se consolida en la demanda tramitada ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, en el que por intermedio del abogado ÉDISON OROZCO CABALLERO solicitó el reconocimiento de la reclasificación de cargo de la categoría 8ª a la 9ª del nivel F para los años 1989 – 1990 y 1991 – 1992, alegando que aunque dicha prerrogativa se hallaba establecida convencionalmente, su empleadora no había efectuado los reajustes salariales relacionados

con este escalonamiento, reclamando el consecuente reajuste de las prestaciones sociales al haberse establecido indebidamente el devengado del último año laborado y la imposición de sanción moratoria, pretensiones que fueron acogidas en su integridad por el fallador de instancia.

La decisión de primer grado fue revocada en virtud del agotamiento del grado jurisdiccional de consulta por la Sala Única de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona mediante decisión proferida el 17 de junio de 2004, en la que se advirtieron deficiencias en los documentos aportados en la demanda que carecían de las formalidades para su valoración, reproche que recayó en el ejemplar de la CCT.

En segundo lugar se hace referencia a la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de la misma ciudad, que versó sobre la deprecación de la reamortización de las prestaciones sociales, reajuste de la mesada pensional e imposición de salarios moratorios al haberse omitido su incremento de cara a la orden adoptada por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla en sentencia de 08 de junio de 1990, confirmada el 27 de julio de 1992 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma urbe, relacionadas con el reconocimiento de la reclasificación de 7ª a 8ª categoría del nivel F, del cargo que ocupaba el extrabajador para los años 1981 a 1985, pretensiones que igualmente fueron atendidas favorablemente por el Juzgado fallador disponiendo el reajuste de los renglones reclamados.

La erogación de los recursos públicos fue consumada con la emisión de las resoluciones 1136 de 23 de septiembre de 1994 y 2344 de 10 de diciembre de 1996, en lo que a la decisión del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla se refiere, y la 1328 de 15 de septiembre de 1997, asociada a la providencia del Juzgado Séptimo de la misma especialidad y urbe, que fueran revocadas en lo que al procesado se refiere mediante acto administrativo 1438 de 15 de noviembre de 2011.

Los actos reprochados al señor MEDINA OSORIO parten de la circunstancia de que las pretensiones elevadas por vía judicial carecían de soporte legal para ello, además de que no contaba con amparo fáctico para formularlas; encontrándose demostrado que acudió a su reconocimiento aprovechando el instante histórico en el que la entidad portuaria se hallaba bajo el constante embate que abogados y extrabajadores efectuaron en procura de alcanzar provecho económico, contando con el beneplácito de Jueces de la República, quienes acogieron irreflexivamente los planteamientos formulados en las diversas demandas; constituyéndose como una conducta copiosa que se encuadra en la descripción de peculado por apropiación a la que se arribó con pleno conocimiento e intención dolosa de que se efectuaban

dos peticiones seguidas que dieron lugar a decisiones igualmente contemporáneas.

El proceder del convocado a reprensión denota una intencionalidad decidida de asirse ilícitamente de los recursos públicos que para entonces administraba la entidad portuaria, a lo que se suma el hecho de haber alcanzado dobles pagos a partir de las mencionadas sentencias, que argumenta la persecutora, se trataban de rubros debidamente entregados en vigencia de la relación laboral, situación que lo deslegitimaba para realizar los reclamos que se le endilgan ilícitos, pues era de su entero conocimiento que ya había percibido los pagos reclamados por conducto judicial.

En torno a la postura mostrada por el procesado dirigida al presunto desconocimiento de las antedichas reclamaciones, como de su relación profesional con el abogado que lo representó en las dos causas, encuentra la Fiscalía que esta posición dista de ser cierta, atendiendo que fue él quien otorgó poder para que sirviera a sus intereses, tal como quedó registrado en las dos demandas que le endilgan criminalmente, y posteriormente se benefició de los pagos efectuados por la entidad accionada; atribuyendo al procesado un manejo de las normas convencionales y del ya mencionado pago de los conceptos reclamados.

El accionar del acriminado estaba amparado por los fallos de primera instancia que premeditadamente estaban dirigidos a favorecer sus intereses, con la presunta coadyuvancia de los abogados de FONCOLPUERTOS, quienes de forma inexplicable callaban ante las condenas impuestas en contra de la entidad que representaban; providencias judiciales que se presentaban para su cobro desconociendo el necesario agotamiento del grado jurisdiccional de consulta, trámite necesario para que se pudiera predicar la ejecutoria de las referidas decisiones, aportando algunas precisiones normativas sobre el particular; pasando a reseñar algunos aspectos relacionados con la calidad en la que acudió el procesado a la comisión de las conductas, que era en posición de determinador de éstas, teniendo en cuenta que no reunía las calidades basilares de tipo penal.

Por las consideraciones efectuadas dispone abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra del sindicado DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO al apreciar su innecesariedad; formular resolución de acusación en contra de éste como presunto determinador de las conductas de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo.

Habiendo sido recurrido el calificadorio en apelación por el representante defensivo fueron remitidas las diligencias al superior funcional para lo de

su cargo, abriéndose paso providencia de **13 de mayo de 2019**, dictada por la Fiscalía Cuarenta Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, instancia que impartió confirmación a la decisión materia de alzada.

ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

La exposición de los argumentos presentenciales en audiencia pública se dieron el 18 de noviembre de 2020, en los siguientes términos.

El representante de la Fiscalía.

Reclamó la emisión de condena en contra del procesado DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO como responsable de la conducta de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo, al encontrarse la evidencia suficiente para ser declarado penalmente responsable conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, a título de determinador del anotado delito, de conformidad con los hechos identificados desde la misma resolución de acusación.

Fundamenta su petición en los hechos que reiteradamente se han discutido a lo largo del diligenciamiento, y que se concretan en las reclamaciones judiciales adelantadas por el procesado por intermedio del togado ÉDISON OROZCO CABALLERO, en las que refiere, se dio orden de reamortización de las prestaciones sociales sin que hubiere lugar a ello, atendiendo que la empresa estableció debidamente la totalidad de los renglones que las conformaban al finalizar la relación laboral; exponiendo algunos pormenores de los trámites y los actos administrativos que se dieron con ocasión de las mismas, que refiere, giraron en torno a los mismos conceptos.

Ubica la materialidad de la conducta en los irregulares pagos que se dieron a partir de las ya mencionadas reclamaciones judiciales, en las que fueron solicitados pagos que adolecían de fundamento fáctico y normativo, erigiéndose como reveladoras de la intención dolosa del procesado, que se acompañaron de las decisiones que dispusieron la revocatoria de los fallos de instancia en sede de consulta y las resoluciones emitidas por la administración para enderezar las cosas a derecho, en las que se evidencia la irregularidad de las deprecaciones del demandante, todas generadoras de detrimento en el erario y atendidas debidamente en su momento por la empresa portuaria.

El proceder del acriminado dio lugar a la emisión de las dos sentencias a que se ha hecho alusión, así como al efectivo desembolso de recursos del tesoro público a partir de las irregulares postulaciones introducidas en las demandas, que anota, fueron advertidas por la Sala de Casación

Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien al revisar la justeza de la decisión de primer grado de autoría del Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla y de segunda instancia emanada de la Sala Única del Tribunal Superior de Pamplona, cuando dentro del pronunciamiento que declaró desierta la casación dispuso la compulsa de copias ante la Fiscalía General de la Nación para que se investigara la posible responsabilidad penal del demandante en aquella causa laboral.

Los desembolsos dinerarios a los que se arribó a partir de las desatinadas e infundadas reclamaciones del procesado, conducen a predicar que se transgredió la descripción típica del peculado por apropiación agravado, con conocimiento de que no le asistía derecho a percibir incrementos en sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta que la empresa atendió de forma ajustada los pagos a entregarle al término del vínculo laboral, más aun cuando en las dos demandas que conforman el cúmulo fáctico a juzgar se dispone el reajuste de las mismas percepciones prestacionales.

De las precisiones reveladas advierte la existencia de elementos que consolidan la responsabilidad del procesado a título doloso, ya que aunque siempre pretendió enmascarar su responsabilidad con la presunta ajenidad y desconocimiento de las demandas judiciales adelantadas en su nombre, el material demostrativo no deja dudas de que estaba al tanto de éstas y quiso los resultados que en las dos se alcanzó, compromiso que le es atribuible a partir de los mismos poderes obrantes en el expediente que, aunque niega, nunca fueron tachados de falsos; pasando a efectuar algunas precisiones en torno a la calidad de determinador en virtud de la cual concurre a la realización de los hechos cuestionados.

Este resumen de aspectos que dan cuenta de la materialidad de la conducta y la correlativa responsabilidad atribuible al procesado, encausan a reafirmar la solicitud con la que el representante de la Fiscalía abrió su intervención, dirigida a la emisión de sentencia de carácter condenatorio en contra del procesado DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO como determinador responsable del delito de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo sucesivo, sindicación que aunque no fue formulada con la circunstancia agravante por la cuantía de lo apropiado, precisa que desde los albores de la investigación se tiene conocimiento del importe de las sumas apropiadas que superan ampliamente los 200 SMLMV, sin que refiriera cuál era la cuantía en cada una de las reclamaciones que hacen parte de los hechos juzgados, citando algunos apartes jurisprudenciales que contemplan la procedencia de tener como existente el agravante de la conducta a partir del señalamiento que se encuentra implícito en la transcripción de la norma en el pliego acusatorio y la identidad de los

hechos relatados en la misma pieza, en donde desde siempre se tuvo ciencia respecto de la cuantía de lo apropiado.

El representante del Ministerio Público

Por su parte, este agente especial manifiesta acoger integralmente los planteamientos de la Fiscalía frente a la identificación de los hechos y responsabilidad subjetiva del convocado a reproche, solicitando se profiera sentencia de carácter condenatorio en su contra como determinador de la conducta de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo; solicitando, de otro lugar, realizar el examen de procedencia de los subrogados a que haya lugar.

La Parte Civil

La representante de la víctima inicia su intervención haciendo referencia a la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, por medio de la cual se dispone la revocatoria de algunos de los actos administrativos con los cuales se dio cumplimiento a las sentencias reprochadas como irregulares, se ajustó una mesada pensional y se dispuso el reintegro de una suma dineraria acatando las órdenes adoptadas en curso del grado jurisdiccional de consulta respecto de las anotadas providencias de primer grado.

En torno al fundamento de las dos demandas judiciales que hacen parte de los eventos reprochados, la expositora realiza un recuento detallado de lo que fueron los reajustes ordenados en cada una de ellas, de las reclasificaciones que se discutieron en los dos procesos judiciales y de los pagos y reliquidaciones que se dieron a partir de las órdenes emitidas en juicio, aduciendo que estos reconocimientos carecían de procedencia y se constituyeron como el doble pago de los mismos rubros, pues nunca fue probado que la empresa hubiere atendido indebidamente los renglones debidos para cuando se dio la desvinculación del demandante.

Enfatiza en el hecho de que el procesado tenía conocimiento de que las aspiraciones que hicieron parte de las demandas judiciales carecían de elementos que las respaldaran, y aun así, siempre fue su trazado acceder a cualquier precio a la declaratoria judicial de aquellas desajustadas pretensiones, con lo que se encuentra probado el elemento subjetivo de la conducta; razones por las que solicita se profiera sentencia condenatoria en contra del procesado por los reatos sindicados por la Fiscalía.

De otro lado, reclama el pago de las sumas dinerarias indebidamente irrogadas en su favor y en perjuicio de la entidad que representa; así como que se emita orden dirigida a dejar sin efectos de manera definitiva

aquellos actos a partir de los cuales se dio la erogación de los recursos públicos.

El apoderado defensivo.

Depreca sentencia absolutoria en favor de su apadrinado, ruego que sustentó en el hecho de que los expositores que le antecedieron en el uso de la palabra, y desde la misma resolución acusatoria, se ha pretendido mantener el señalamiento criminal a partir de presuntos dobles pagos realizados a su prohijado, e inclusive, manifestándose que no contaba con amparo normativo para solicitar el pago de los renglones que hicieron parte de las demandas que se reprochan ilícitas, sin que se hubiere realizado un desarrollo de las razones de fondo por las cuales se le convoca a juicio criminal.

Estos aspectos de ineludible concurrencia en el pliego de cargos, han sido identificados en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia como parte de las consideraciones y valoración que debe atender la instructora, Colegiatura que hace referencia a que la carga argumentativa que demanda el pliego de cargos es de entera competencia de la Fiscalía quien debe efectuar las operaciones lógicas que permiten relacionar el actuar del procesado con las consecuencias reprochadas, reflexiones que refiere, no encuentran sustento en el asunto que se analiza, pues la Fiscalía nunca realizó un estudio pormenorizado de los renglones reclamados por su cliente en las causas laborales frente a los que se tuvieron en cuenta en su liquidación de prestaciones sociales y previo a que se desligara de la entidad portuaria, con el que en gracia de discusión se apreciaría la improcedencia de los reclamos efectuados en los procesos.

Pasa a hacer referencia a los poderes que yacen al interior de la actuación, de los cuales, resaltando algunos librados en favor de otros togados distintos al doctor OROZCO CABALLERO, los que en sentir del defensor, pueden generar vacíos de cara a la presunta determinación que efectuó el procesado por intermedio del profesional del derecho en mención y que claramente restringe el ámbito del señalamiento criminal, teniendo en cuenta que nunca se le interrogó respecto de esos otros mandatos, y desde su salida defensiva ha mostrado ajenidad respecto de los poderes que libró para los reclamos judiciales.

Cuestiona la solidez de la presunta determinación que se le atribuye a su cliente, bajo el entendido de que no se encuentra probado en el paginario el necesario vínculo entre éste y quienes ostentaban la guarda de los recursos públicos defraudados, citando algunos apartes jurisprudenciales relacionados con este aspecto, que pretenden dirigir el examen a la demostración relacional de quien se beneficia con los fallos judiciales y actos de la administración y aquellos funcionarios y directivos

que libraron las órdenes que lo ampararon, destacando que no obra prueba de que entre éstos hubiere relación de ningún tipo de la que se pueda predicar un preacuerdo para acceder a los dineros públicos, señalando que la Fiscalía sustenta sus sindicaciones en conjeturas sin una reflexión seria respecto de la alegada ilicitud de las reclamaciones, las cuales deja cimentadas en la insustancial afirmación de que se reclamaron rubros debidamente atendidos por la empresa, e incluso, que se trataba del doble cobro de los mismos derechos, sin demostrar de forma fehaciente estas afirmaciones y la concurrencia del procesado en los resultados ilícitos.

Culmina su intervención con una cita literaria relacionada con la postura del Juez frente a la emisión de sentencia de condena, y su respectiva actitud cuando se evidencia la necesidad de impartir absolucón; solicitando la emisión de sentencia absolutoria que ampare a su prohijado y, en caso de no acogerse este ruego, se examine la viabilidad de concederle los beneficios y prerrogativas legales teniendo en cuenta sus especiales condiciones de salud y su avanzada edad.

CONSIDERACIONES

En vista de que el presente asunto se halla en sede de emisión de sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de la conducta punible de peculado por apropiación en la modalidad concursal, acorde a las consideraciones plasmadas en la acusación constituida 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.

Acorde con el contenido del 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.

No obstante, antes de entrar a valorar el cúmulo demostrativo que compone el expediente con miras a establecer los aspectos que conforman las fases objetiva y subjetiva de la conducta investigada, emerge necesario establecer el impacto dinerario que cada una de éstas generó en el patrimonio público, tendiente a corroborar lo expresado por el representante de la Fiscalía en los alegatos conclusivos,

cuando afirmó que aunque el agravante de la conducta no fue taxativamente mencionado en el pliego acusatorio, se entendía de la transcripción del precepto sustancial y de la cuantía de lo presuntamente apropiado en cada una de las reclamaciones judiciales, que desde el inicio de la investigación fue informado por la víctima, que concurría en cada uno de los eventos constitutivos de reproche la circunstancia de agravación.

Por lo anterior, se recuerda que el fundamento del llamamiento a juicio se halla compuesto por los beneficios patrimoniales alcanzados, por una parte, en sentencia de 30 de mayo de 1994, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, que dio lugar a la emisión de la resolución 1136 de 23 de septiembre siguiente, que en su aparte decisorio dispone *“el pago de las sentencias judiciales en los procesos ordinarios y ejecutivos laborales, contra la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo de Barranquilla y/o Fondo de Pasivo Social...”* relación dentro de la que se hallaba enlistada la arriba indicada, en favor del ciudadano DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO, comportando el pago de \$16'609.050,43, equivalentes entonces a 168,27 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (en lo consecutivo SMLMV), sin que se aprecie orden adicional en el contenido del acto administrativo.

Igualmente, en cumplimiento de esta orden se profirió resolución 2344 de 10 de diciembre de 1996, con la que se reliquidó el mandamiento de pago de 15 de enero de 1996, asociado con la misma decisión judicial, incluyendo salarios moratorios y agencias en derecho, sanción que alcanzó pago en cuantía de \$1'183.114,55, que para la anualidad en que se concretó su pago ascendía a 8,32 SMLMV. En torno a la revocatoria de la sentencia que dio origen a las comentadas resoluciones, fue aplicada en la ya comentada decisión administrativa 1438 de 15 de noviembre de 2011, ordenando la derogatoria, en lo que a este evento y extrabajador se refieren, de las 1136 de 1994 y 2344 de 1996.

La decisión administrativa revocatoria se halla íntegramente complementada y fundada en el contenido del memorando GIT-GPSPC-ASNP 835 de 27 de mayo de 2011, rubricado por la doctora MYRIAM GUTIÉRREZ PERILLA en calidad de Coordinadora del Área Sistema Nacional de Pagos del Ministerio de la Protección Social, en el que se efectúa un estudio de las decisiones administrativas y judiciales proferidas ante la actividad del extrabajador y la gestión de sus representantes; abordando el análisis de la sentencia de marras y las repercusiones dinerarias que de ella brotaron en los ordinales cuarto a séptimo, último en el que fue elaborado cuadro en el que se detalla el comportamiento de la pensión desde el momento en que le fue concedido el beneficio en 1991, hasta el 2011 – cuando se elaboró el estudio – en el que además de precisarse los aumentos porcentuales que anualmente y en virtud de las órdenes gubernamentales se aplicaron a la mesada, se distinguieron

aquellos actos que variaron extralegalmente la mencionada percepción.

Dentro de los incrementos detallados en este informe se encuentran las resoluciones **1328** de 15 de septiembre de 1997, con la que se aplica lo ordenado en la sentencia del Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla de 09 de noviembre de 1994 y mandamiento de pago de 10 de febrero de 1995, integrada a la nómina en septiembre de 1997, que hace parte de los eventos que aquí se juzgan; la dispuesta en el acto **238** fechado el 19 de marzo de 1998, que atiende la orden dada en resolución 542 de 15 de marzo de 1995, por lo acordado en el acta de conciliación 700 de 14 de diciembre de 1993 – evento que no hace parte de los investigados en la presente causa – integrada al pago periódico en nómina de marzo de 1998; y resolución 1058 de 31 de julio de 2008 que dispuso el desmonte de la previamente citada.

De lo anterior se desprende que la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla no impactó de forma efectiva en la mesada pensional de MEDINA OSORIO, limitando sus efectos a los pagos concretados en las resoluciones 1136 de 23 de septiembre de 1994 y 2344 de 10 de diciembre de 1996, última data desde la cual se debe contabilizar el término prescriptivo a futuro, teniendo como base para su estudio la circunstancia relativa al monto de lo apropiado, que se recuerda, en conjunto ascendió al pago de 168,27 SMLMV relacionados con la primera y 8,32 SMLMV con la segunda, para un total de 176,59 SMLMV, que contrario a los manifestado por el delegado Fiscal, no supera la cuantía para que se predique el agravante de la conducta, acorde al contenido del precepto 397 sustantivo, que a su tenor enseña:

"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.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado."

Y, de hecho, el precepto represor acabado de invocar es el pertinente al caso, toda vez que de cara al principio de legalidad descrito en el canon 6° de la Ley 599 del 2000 y a la época de comisión de estos hechos, si bien es cierto debería aplicarse el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 06 de junio de 1995, norma que regía cuando se iniciaron los hechos y tuvieron sus repercusiones dinerarias, no menos cierto resulta que, habiendo sido reproducida dicha normatividad en su integridad por el artículo 397 primigenio del CP, con una variación que hace a esta última más benéfica que la anterior, ya que establece que la sanción pecuniaria no podrá exceder los 50.000 SMLMV, tope que no existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la Ley 190 de 06 de junio de 1995, será esta última preceptiva la que gobierne el presente análisis.

Por manera que vista la cuantía del reato analizado, no cabe la menor duda que de conformidad con la preceptiva invocada se está ante un presunto comportamiento peculador simple, y no agravado como equivocadamente señala el órgano persecutor, cuya sanción máxima corporal es de 15 años.

La figura de la prescripción de la acción penal reclama que ésta se materializa en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la Ley, por lo que debe tenerse en cuenta cuál fue el último acto tendiente a la apropiación o la acción misma de su alcance para desde allí comenzar a correr el término.

En cuanto a la interrupción del lapso prescriptivo, el canon 84 del CP establece que ésta materializa con la ejecutoria de la resolución de acusación.

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

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

En este orden de cosas, en vista de que el interregno a tener en cuenta para efectos de corroborar la vigencia de la acción penal en etapa investigativa respecto del hecho analizado es de 15 años, se debe contabilizar éste hacia futuro desde la emisión y pago de la resolución 2344 de 10 de diciembre de 1996, con la cual se dispuso la reliquidación

del mandamiento de pago asociado con la sentencia del Juzgado Octavo Laboral, cálculo que se ubica en el 10 de diciembre de 2011, fecha previa a la de la ejecutoria de la resolución de acusación, que se recuerda, se concretó el 13 de mayo de 2019, esto es, pasados 7 años, 5 meses y 2 días, con lo que se corrobora la ocurrencia del fenómeno prescriptivo en lo que a este evento se refiere en etapa de investigación, situación que será declarada en el aparte pertinente de este proveído.

Por otra parte, como segundo evento a analizar, se tiene la sentencia del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla adiada el 09 de noviembre de 1994, pagada en virtud de la resolución 1328 de 15 de septiembre de 1997, en la que se ordenó solventar la suma de \$2'369.657,00 equivalentes a 13,77 SMLMV, de aquella anualidad, por concepto de diferencias pensionales causadas hasta el 30 de agosto de 1997; orden que aparejó modificar la mesada pensional del señor MEDINA OSORIO. El anunciado acrecentamiento de la percepción de jubilación fue debidamente identificado en el memorando GIT-GPSPC-ASNP 835 de 27 de mayo de 2011, en el ordinal noveno, al interior del cual yacen los cálculos del impacto que tuvo la decisión judicial en los pagos pensionales efectuados en favor del extrabajador desde septiembre de 1997 a mayo de 2011, estableciéndose el mayor valor pagado en cuantía de \$29'234.722,26 equiparados a 54,58 SMLMV, que sumados al rubro inicialmente entregado en razón de diferencias pensionales, asciende en total a \$31'604.379,26, o 68,35 SMLMV de entonces.

Estas precisiones conducen a afirmar que la adecuación de la conducta efectuada en la resolución de acusación respecto de este evento como peculado por apropiación simple, al igual que la previamente analizada, se ajusta a la realidad circunstancial, visto que el importe de lo apropiado se halla dentro del rango superior a los 50 SMLMV y por debajo de los 200 SMLMV, quedando así rebatida una vez más la postura del representante de la Fiscalía expuesta en vista pública, quien aseveró que en cada uno de los eventos analizados se estaba ante una conducta agravada por la cuantía de lo apropiado.

Comoquiera que el actuar del procesado se encuadra en la referida descripción típica, de la que se han establecido sus extremos punitivos en precedencia, lo justo es contabilizar el término prescriptivo de 15 años desde la fecha en que cesaron sus efectos lesivos, momento histórico que se ubica en la emisión de la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, que dispuso, entre otras órdenes, la revocatoria de la resolución 1328 de 15 de septiembre de 1997, relacionada con el presente asunto.

Así las cosas, contando el anunciado lapso hacía el pasado desde el 13 de mayo de 2019, fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, se tiene que los eventos anteriores al 13 de mayo de 2004 se hallan afectados por el instituto de la prescripción, data claramente

anterior a la de la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, por lo que el hecho que se analiza no alcanzó fenecimiento en etapa de instrucción.

De otro lado, en lo que respecta al acaecimiento del evento analizado en fase de juicio, cuando acorde a los parámetros normativos el lapso en que se consolida es en la mitad del máximo de la pena fijada en la norma, que en presente caso sería de 7 años y 6 meses agotados desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, se aprecia que desde aquel evento han transcurrido poco más de 4 años, de donde se concluye que la acción penal no ha sido afectada en esta etapa procesal y se proseguirá con el examen de las piezas demostrativas.

Superado el tema anterior, se procederá a estudiar los elementos basilaes propios de la sentencia.

En este orden, se aprecia que la denuncia se encuentra contenida en el memorial GIT-GPSPC-AA-449 de 07 de noviembre de 2011³, por medio del cual la doctora ISABEL CRISTINA ESTRADA GONZÁLEZ, en su posición de Coordinadora de Área Administrativa del Ministerio de la Protección Social, remitió copia del acto administrativo 1438 de 15 de noviembre de 2011, para que se investigara el proceder del señor DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO atendiendo la presunta irregularidad presentada dentro de los trámites adelantados ante los Juzgados Séptimo y Octavo Laborales del Circuito de Barranquilla que derivaron en la emisión de las sentencias de 30 de mayo y 09 de noviembre de 1994, respectivamente.

El mencionado escrito está acompañado de reproducción del memorando GIT-GPSPC-ASNP 835 de 27 de mayo de 2011, por medio del cual la Coordinación del Área Sistema Nacional de Pagos representada por la doctora MYRIAM GUTIÉRREZ PERILLA informa a la Coordinación del Área de Pensiones acerca de la revocatoria de las sentencias en virtud de las decisiones emitidas en consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Pamplona los días 17 de junio de 2004, respecto de la providencia del Juzgado Octavo, y el 14 de mayo de la misma anualidad en lo que atañe a la del Juzgado Séptimo de idéntica especialidad, comunicación en la que se hace referencia a los incrementos que se dieron en la mesada pensional del procesado con ocasión de los actos administrativos que en virtud de aquellas decisiones se emitieron.

Del mismo modo, hace referencia de las cuantías erogadas de los recursos públicos con ocasión de las providencias en comento, implantando la suma de **\$16'609.050,43** derivados de la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito, atendiendo el contenido de la

³ Folios 1 a 70 c. o. 1 de instrucción.

resolución 1136 de 23 de septiembre de 1994, asunto al que igualmente se sujetaba la resolución 2344 de 10 de diciembre de 1996, por medio de la cual se dispuso el pago en favor del procesado en importe de **\$1'183.114,55**, que hace parte de la reliquidación del mandamiento de pago relacionado con el mismo asunto, para arribar al total de **\$17'792.164,98**.

De otro lado, se hace mención de la inexistencia de evidencia que revelara pagos a partir de los recursos públicos que en virtud de la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla el 30 de mayo de 1994, atribuyendo la carencia de elementos demostrativos al hecho de que para ese momento se reportaban faltantes en las resoluciones que ordenaban pagos en virtud de providencias judiciales, aspecto que no descartaba por completo la erogación de recursos públicos con ocasión de esa decisión judicial, en la que se dispuso el pago de **\$31'604.379,26**.

Dentro de la documental que acompañaba a la referida decisión y comunicación administrativas se encuentra copia de la resolución 045057 de 06 de abril de 1992⁴, por medio de la cual se concede pensión de jubilación al señor DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO en cuantía de \$215.449,59.

Igualmente, reposa reproducción de la sentencia de 30 de mayo de 1994, proferida dentro del trámite ordinario agotado ante el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla, en el que representado por el profesional del derecho ÉDISON OROZCO CABALLERO, fue planteada la discusión sobre el presunto desconocimiento del aumento al que tenía derecho el procesado al reclasificar el puesto de la categoría 8ª a la 9ª del nivel F para los años 1989 – 1990 y 1991 – 1992, incorrección que estimó el actor, se debía a la negligencia de la entidad portuaria sobre este particular, lo que aparejaba el reajuste de las prestaciones sociales liquidadas al término de la relación laboral, la imposición de salarios moratorios, costas procesales y agencias en derecho, pretensiones que fueron atendidas de forma positiva por el Estrado Judicial.

Frente a los actos administrativos surgidos a partir de las reclamaciones efectuadas por el procesado, obra el 1328 de 15 de septiembre de 1997, con el que se dispuso el pago de la sentencia datada el 09 de noviembre de 1994, del Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, ante la representación que para el cobro de la anunciada decisión judicial se le extendiera al abogado DAVID OROZCO CAMACHO, ordenándose el reajuste de la pensión al importe de \$809.479,65 y el pago de las diferencias de las mesadas dejadas de entregar en cuantía de \$2'369.657,50.

⁴ Folios 21 y 212 c. o. 1 de instrucción.

En similar sentido, se apercó copia de la resolución 1136 de 23 de septiembre de 1994, con la que ordenó el pago de, entre otras, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral en favor del procesado, amparándolo con la entrega de \$16'609.050,43; así como de la resolución 2344 de 10 de diciembre de 1996, en la que se atendió la cancelación relacionada con la reliquidación del mandamiento de pago emitido dentro del mismo trámite, ordenándose el pago de \$1'183.114,55, erogación a la que se aparejó el reajuste de la mesada pensional por orden que se le extendiera en ese sentido a la oficina de prestaciones económicas.

Obra ejemplar de la sentencia emitida el 14 de mayo de 2004, por la Sala Única de Descongestión del Tribunal Superior de Pamplona, en la que al acometer el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla, advirtió deficiencia en el ejemplar de la Convención Colectiva de Trabajo (en lo consecutivo CCT) aportada a la causa laboral, al haberse presentado la constancia de depósito por quien no se encontraba facultado para ello, disponiéndose la revocatoria de la decisión de primer grado y la consecuente absolución de la entidad demandada.

Adjunto a comunicación aportada por la UGPP el 21 de mayo de 2013⁵, en la que fue entregada copia de los documentos que inicialmente acompañaron la denuncia, yace reproducción de la sentencia de 09 de noviembre de 1994, emanada del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, la cual giró en torno a la reliquidación general de prestaciones sociales teniendo en cuenta que la entidad demandada no las reajustó acorde al reconocimiento de la diferencia salarial ordenada en sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, posteriormente confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad; ordenando reamortizar la prima de antigüedad, la de servicios, de las cesantías, el reajuste de la mesada y el pago de las fracciones atrasadas, así como el pago de salarios moratorios, al que se accedió ante la sucinta consideración de que la empresa no estimó debidamente los renglones materia de condena.

Mediante escrito allegado al expediente el 17 de julio de 2015, el Ministerio de Salud aportó reproducción de la hoja de vida laboral del procesado⁶, compendio que da cuenta de aquellos actos acaecidos en vigencia de la relación laboral, de los pagos que con ocasión de su actividad efectuara la empresa portuaria, el registro de sus vacaciones e inasistencias, de su información familiar y de las liquidaciones efectuadas por las dependencias del puerto para el momento de su desvinculación.

⁵ Folios 84 a 219 c. o. 1 de instrucción, providencia que reposa a folios 186 a 189.

⁶ Folios 236 a 300 c. o. 1 y folios 1 a 151 c. o. 2 de instrucción.

El 14 de agosto de 2015, fue remitido ejemplar en copias del expediente adelantado ante el Juzgado Séptimo⁷, al interior del cual reposa reproducción de las sentencias de 08 de junio de 1990, del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla y la de 27 de julio de 1992 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma urbe, las cuales, en similar sentido que la analizada en apartes precedentes de confección del Octavo de la comentada especialidad, se fundamentaron en el reconocimiento de la reclasificación de 7ª a 8ª categoría del nivel F, del cargo que ocupaba el extrabajador para los años 1981 a 1985, lo que denota que el procesado accedió a esta prerrogativa mediante el reclamo consecutivo por vía judicial.

En relación con este proceso, obra reproducción de la sentencia que hace parte de los eventos presuntamente constitutivos de ilicitud, fechada el 09 de noviembre de 1994 y la dictada en agotamiento del grado jurisdiccional de consulta por la Sala Única del Tribunal Superior de Pamplona el 14 de mayo de 2004, con la que se dispuso la revocatoria de la primera al hallarse deficiencias en los documentos aportados junto con la demanda, en especial, respecto del ejemplar de la CCT; contiguo a este trámite, reposa evidencia del adelantado ante la Sala de decisión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que habiéndose admitido el recurso de casación, mediante auto de 16 de mayo de 2007⁸, se declara desierto por no haberse sustentado oportunamente, misma documental que compone el cuaderno de anexos 1 conformado en fase investigativa.

En acatamiento de las órdenes probatorias libradas por la instructora la UGPP aportó memorial fechado el 15 de octubre de 2015⁹, que informa al expediente el estado de los actos administrativos materia de investigación, destacando que *"...la sentencia del Juzgado octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, de 30 de mayo de 1994, condena a Puertos de Colombia, dando cumplimiento a la sentencia de primera instancia, se profirió la Resolución N. 1136 de 23 de septiembre de 1994, ordenando un pago al señor MEDINA OSORIO, la cual se canceló con nota débito N. 3788 de 26 de octubre de 1994, y este se ordeno (sic) con Resolución N. 2344 de 10 de diciembre de 1996, así mismo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de 17 de junio de 2004, al conocer en consulta el fallo antes nombrado REVOCO, la sentencia y absolvió a la entidad demandada de todas las pretensiones (...) el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, en sentencia de 9 de noviembre de 1994 condeno (sic) a Puertos de Colombia, dando cumplimiento a este (sic) sentencia se profirió la Resolución 1328 de 15 de septiembre de 1997, reajustando la pensión (sic) del señor MEDINA*

⁷ Folios 154 a 299 c. o. 2 de instrucción.

⁸ Folio 92 c. o. 3 de instrucción.

⁹ Folios 98 a 144 c. o. 3 de instrucción

OSORIO, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de 14 de mayo de 2004, REVOCO, y absolvió a la demandada...”; en torno a los registros de devoluciones que reportaban las bases de datos conformadas por la entidad encargada del pasivo social de la empresa portuaria, informaron que ante la consulta realizada se evidenció que no arrojaban datos de devoluciones voluntarias o por descuentos de nómina en lo que a los dineros erogados de forma irregular se refería, acorde a la suma ordenada en la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, adosándose una vez más reproducción de los actos administrativos que fueron entregados con la denuncia.

Obra el certificado de vigencia de la cédula de ciudadanía del procesado consultado de la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil el 20 de febrero de 2016¹⁰, que reporta la vigencia de la misma.

En etapa de causa, acorde a las órdenes probatorias decretadas en audiencia preparatoria, yace reporte de los antecedentes aportado por la Dirección General de Investigación Criminal e Interpol¹¹, que da cuenta de anotación relacionada con el radicado 1332, sin que se haga mención de sentencias en su contra; del mismo modo, obra comunicación del FOPEP, adiada el 09 de enero de 2020¹², con la que reporta el histórico de los pagos efectuados al procesado en nómina de pensionados, destacando que no se evidencian descuentos por nómina y que el jubilado percibió la suma de \$34'241.992,30, relacionados con retroactivo de la mesada pensional, distinguiéndose dentro de los aspectos enlistados en el desprendible de nómina que se encuentra gozando de sustitución pensión gracia, percepción que no se asocia con los reclamos materia de la presente causa.

En torno a las mismas órdenes suasorias, el 18 de febrero de 2020, la Profesional Investigadora II, PILAR JANETTE ORTIZ PINILLA del Grupo de Contadores Forenses del CTI, aportó informe pericial contable realizado a la liquidación final de prestaciones sociales del ciudadano DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO¹³, del que se concluyó que los valores establecidos por la empresa en la liquidación final de prestaciones sociales se compadecían a plenitud con aquellos que arrojó el referido estudio, pudiéndose afirmar que cada uno de los renglones que componían la estimación del último año laborado fueron debidamente establecidos y no había lugar al reclamo de reajustes.

Por su parte, la UGPP remitió oficio de 13 de enero de 2020, con el que aporta copia digitalizada de la hoja de vida pensional del señor MEDINA

¹⁰ Folio 145 c. o. 3 de instrucción

¹¹ Folio 50 c. o. de juicio.

¹² Folios 53 a 59 c. o. de juicio.

¹³ Folios 75 a 90 c. o. de juicio.

OSORIO¹⁴, y ejemplares de los actos administrativos proferidos por la entidad para el momento del retiro del operario y con posterioridad a este hecho, de los que se evidencia la concesión del beneficio pensional, de aquellos actos previos, concomitantes y posteriores acaecidos al interior de los trámites judiciales y administrativos, dentro de los que se destacan diversos poderes librados por el procesado otorgados a variados togados en procura del reconocimiento de conceptos presuntamente desconocidos por su empleadora; y de aquellos actos emitidos en virtud de las órdenes de revocatoria dictadas en consulta por la Sala Única del Tribunal Superior de Pamplona.

Por último, se aporta reproducción del expediente tramitado ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito por la doctora NIRA ESTHER FABREGAS MAZA contentivo en 45 folios, que no hace parte de los eventos que se escrutan en la presente actuación; asunto en el que se discutió el reconocimiento y pago de 29 días descontados de la liquidación final de prestaciones sociales, correspondientes a aquellos en que se llevó a cabo huelga al interior del terminal marítimo de Barranquilla, así como aquellos reajustes que de la declaratoria principal se derivaran en sus percepciones dinerarias; proceso que no llegó a sentencia teniendo en cuenta el memorial de 08 de marzo de 1995, por medio del que la apoderada judicial informa que las pretensiones de la demanda fueron atendidas por la empresa mediante acuerdo conciliatorio, lo que acompañaba el desistimiento y respectiva solicitud de archivo del expediente.

Del fundamento del pliego acusatorio, en el que se reprocha la declaratoria judicial de reliquidación de prestaciones sociales, mesada pensional e imposición de salarios moratorios alcanzadas en las reclamaciones judiciales promovidas por el procesado, así como de las pruebas apercibidas al expediente, se aprecia la necesidad de hacer mención del origen de las reamortizaciones deprecadas tanto en la causa laboral que se vio afectada por el fenómeno prescriptivo como en aquella que pervive, las cuales se fundaron en el reclamo de la reclasificación de cargo que acorde a las consideraciones de las autoridades judiciales no habían sido debidamente aplicadas por la otrora empleadora.

Sobre el particular se detalla que aunque la Fiscalía adujo que el reproche radicaba en la reiterada reliquidación de las prestaciones sociales e incremento de la mesada pensional, y someramente lo atinente al rubro que se pasa a auscultar, al haber sido establecidas las primeras de forma debida al término de la relación laboral, fue el reconocimiento de la reclasificación de la 7ª a la 8ª categoría del nivel F, del cargo que ocupaba el extrabajador para los años 1981 a 1985, el que

¹⁴ Folio 95 a 162 c. o. de juicio.

en criterio del Juzgado reviste ilicitud, teniendo en cuenta los aspectos que se pasan a discutir.

La declaratoria de este presunto derecho en favor del extrabajador se concretó en sentencia de 08 de junio de 1990¹⁵, del Juzgado Sexto Laboral de esa ciudad, ratificada con proveído de segunda instancia fechado el 27 de julio de 1992, de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, punto sobre el cual aviene oportuno aducir que este hecho concreto no fue objeto de acusación, sino tan sólo de breve alusión en el llamamiento a juicio, de modo que en sentir de este Estrado ha de ser valorado dentro del contexto fáctico y como base del acontecimiento en torno del cual pervivió la acción penal, situación que impone su estudio.

Devuelta al asunto de la especie, se otea que la prerrogativa en comento acorde al contenido de la causa laboral se encontraba consagrada en la CCT de los años 1981 – 1982 regente en los terminales de la costa Atlántica al interior del artículo 137, que relacionaba la “CLASIFICACIÓN DE TRABAJADORES” dentro del que se enuncian distinciones como el de personal a destajo, trabajadores intermitentes y el restante personal fijo, encontrándose consignado en el parágrafo transitorio el compromiso de hacer una reevaluación de algunos de los cargos de los terminales de la costa Atlántica en un plazo de 30 días, de donde surge con toda claridad que la obligación fue simplemente la de reevaluar, pero no la de reclasificar en sí misma, aunado a que tampoco se hizo precisión alguna en torno a las presuntas categorías que fueron tenidas en cuenta por el fallador de instancia para despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, de donde emerge que los sentenciadores de instancia efectuaron una interpretación exacerbada de esa norma especial que desbordó sobre manera los límites, aun los linderos literales, de la misma, obteniendo de ello, por vía de infundada e insustancial laxitud hermenéutica, las referidas consecuencias que la misma CCT no contemplaba, máxime cuando si de reclasificación se tratara, así se abría anunciado, visto que dicho mandato 137 convencional versaba sobre ese tema. A esto se agrega que por el hecho de que la expresión reevaluación o cualquier otra contigua se halle inmersa en ese texto, significa indefectiblemente que cualquier palabra sea sinónimo o equiparable a reclasificación.

No obstante carecer de ejemplares de los pactos colectivos regentes en Barranquilla para las anualidades 1983 a 1985, que al parecer valorara el fallador de instancia para efectos de impartir protección a las pretensiones del demandante, es sabido, a partir de las estimaciones contenidas en el comentado fallo, que acorde al acuerdo de Junta Directiva N° 014 de 1985, sólo hasta esa anualidad se procedió a la

¹⁵ Folios 265 a 269 c. o. 2 de instrucción.

reclasificación de algunos cargos de los terminales de la costa Atlántica, pasando los tarjadores de categoría 7ª a 8ª, destacando igualmente que los acuerdos precedentes en torno a este tópico no habían sido atendidos por la empresa.

Si bien la reclasificación de cargos fue consagrada en varios de los pactos colectivos que orientaban las relaciones laborales entre los puertos y sus operarios, es también claro que la materialización de esa prerrogativa estaba sujeta a condición suspensiva que aún no se había concretado, toda vez que pendía del agotamiento de un trámite previo, el cual en la mayoría de los casos no se llevó a cabo.

En efecto, el pacto colectivo regente para los años 1989 – 1990, que fue operado a la presente actuación en virtud de las órdenes probatorias libradas en audiencia preparatoria, contempla en los numerales 2º y 3º del párrafo transitorio de su aparte 91:

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

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

Este precepto enuncia contenido similar al del artículo 137 de la convención rectora para el período 1981 - 1982, imponiendo igualmente la condición suspensiva para su aplicación a cargo de la empresa, en este caso recayendo en la empresa y el sindicato, responsables en conjunto de adelantar el estudio correspondiente para la reclasificación, sin que obre dentro de la actuación elemento que permita arribar a la conclusión de que el referido estudio fue efectivamente realizado con la mutua participación del sindicato y la empleadora estatal, lo que ubica la alegada prebenda como una simple expectativa carente del cumplimiento de los requisitos que la misma norma convencional impuso para su efectiva aplicación.

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

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

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

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

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

Emerge diáfano, entonces, que este ítem de reclasificación, salvo en el evento del pacto 1985 – 1986, sin llegarse a conocer de forma expresa el texto del acuerdo de la Junta Directiva a que se hace referencia en el fallo examinado, no trascendió al campo de los derechos convencionales, comoquiera que quedó en el nivel de mera expectativa al no darse el cumplimiento de los requisitos para su aplicación, que como ya se ha reiterado, se encontraba a cargo de la empresa o del sindicato y ésta; es así, que en el mismo sentido la H. Corte Suprema de Justicia motiva su providencia de fecha 15 de febrero de 2007, con ponencia del H. M. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, dentro del radicado N° 27930, en el que indica:

(...) Para establecer si la sentencia del Juzgado contiene una decisión acertada, cumple examinar el alcance de la norma convencional transcrita. Por su naturaleza el acuerdo contractual contiene una obligación de hacer a cargo de los dos sujetos de la negociación

(sindicato y empresa); las partes en efecto se comprometieron a adelantar conjuntamente el estudio de la reclasificación de los cargos del escalafón de la empresa, fijaron para ello el criterio que debía orientar la clasificación (los principios de igualdad y de equidad) y determinaron que el estudio debía llevarse a cabo durante la vigencia de la convención.

(...)

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

Sobre esa especial argumentación la Sala observa:

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

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

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

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

Con el fin de ilustrar lo atiente al carácter que puede tener un precepto reconocido como derecho adquirido, frente a la mera expectativa del mismo, se hará referencia al criterio desarrollado por parte de la Sala

Plena de la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad dentro de los expedientes D-5310 y D-5321, que a su tenor refiere:

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

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

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

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

Bajo este entendido, resulta diáfano que la reclasificación no en todos los casos fue aplicada a los cargos desempeñados por quienes acudieron por las vías administrativa o judicial a su reconocimiento, por cuanto no se cumplieron los requisitos que las mismas convenciones establecían para tales efectos, no pudiéndose predicar la integralidad de los factores que se exigían para su usanza, y quedando de esta manera en una simple posibilidad. De allí que se estime que no era procedente reclamaran diferencias por la reclasificación de cargos, porque, se reitera no tenía la naturaleza aún de derecho sino tan sólo de mera expectativa.

Aunque se desconoce el contenido expreso del Acuerdo 014 de 1995, por medio del cual, acorde a los argumentos del Estrado Judicial fallador, se atendió el compromiso de la empresa portuaria de reevaluar algunos de los cargos enlistados en el comentado precepto especial, se aprecia que para aquel momento tal facultad se hallaba vedada a la Junta Directiva de la empresa portuaria (en liquidación) teniendo en cuenta los

lineamientos que previamente por vía jurisprudencial se hallaban sentados para ese momento, por ejemplo, en el caso análogo relacionado con aspectos salariales de la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado, con ponencia del H. C. Dr. Reynaldo Arciniegas Baedeker, mediante fallo emitido el 29 de julio de 1991, en el caso 2141, declaró nulo el Acuerdo 963 de 10 de noviembre de 1983, expedido por la junta Directiva de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, el cual es anterior al aducido en el asunto de la especie, cuando precisó:

"(...) Como es sabido, la Empresa Puertos de Colombia es una empresa industrial y comercial del Estado, por lo que las personas a ella vinculadas son trabajadores oficiales, salvo las que ocupen cargos que los estatutos hayan ubicado entre los que deben ser desempeñados por empleados públicos.

Como aparece en el expediente, la Junta Directiva de la referida empresa profirió el Acuerdo N° 963 de noviembre 10 de 1983 para hacer extensivo a los empleados públicos y trabajadores oficiales no sindicalizados los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en Convenciones Colectivas de Trabajo, suscritas con los sindicatos de la Oficina Principal, Terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco.

*Ha puntualizado la Corporación en innumerables ocasiones que las **Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no tienen la atribución de fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores. Tal facultad corresponde al legislador ordinario o extraordinario, por mandato del artículo 76, ordinal 9°, de la Carta.***

Habiéndose declarado inexecutable el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 en sentencia de la Corte de diciembre 13 de 1972, las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas Industriales y Comerciales del Estado perdieron la facultad de regular lo relativo a la remuneración y prestaciones sociales del personal de empleados públicos a su servicio.

De otra parte, como los sindicatos de empleados públicos no están autorizados para presentar pliegos de peticiones ni, por consiguiente, para negociar las condiciones de trabajo de sus afiliados, tampoco se pueden beneficiar de conquistas logradas a través de la negociación colectiva por agremiaciones de otra naturaleza,

Así pues, el acto por el cual la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia hizo extensivos a los empleados públicos "los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en las recientes Convenciones Colectivas de Trabajo firmadas con los sindicatos... ", implica establecer para esa clase de servidores un régimen prestacional que sólo al legislador corresponde determinar (...)". (resaltado de quien cita)

Es así como deviene claridad que para el presente caso, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia vigente para la época, la Junta Directiva de la empresa (en liquidación) no contaba con la potestad para emitir actos relacionados con incrementos salariales o planta de personal, ya que las disposiciones relacionadas con estos tópicos eran del fuero del Legislador ordinario –Congreso de la República– o del extraordinario –Rama Ejecutiva–. Luego, las decisiones que se adoptaran respecto del particular, como se aprecia del citado extracto jurisprudencial de emisión previa a la del fallo del Juzgado Laboral, contrariaban el mandato constitucional que dispuso la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968, que facultaba a las Juntas o Consejos Directivos de establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado para regular la remuneración y prestaciones sociales del personal que las conformaban.

Cabe aquí manifestar que la fecha de emisión del Acuerdo 014 de 1995 invocado en el proceso ordinario laboral en cita, el cual sirvió de base contraria a la Ley para que el fallador de instancia adoptara dicha decisión, es posterior a la entrada en vigencia de la Carta Magna de 1991, la cual fue promulgada el 04 de julio de 1991, y a la citada providencia la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado de 29 de julio de 1991, de suerte que no era admisible que después de cuatro (4) años de regencia de estos imprescindibles baremos normativos superiores y jurisprudenciales, se obviara su precisión para dar por sentado sin miramiento alguno que era procedente aplicar los efectos de la aludida reclasificación de cargos, cuando, por ejemplo, el Juzgado fallador debió observar lo reglado en el estatuto superior sobre las prerrogativas estudiadas por esa Alta Corporación para efectuar semejantes modificaciones en la planta de personal y en los salarios, y lo puesto de presente en su doctrina como criterio auxiliar de derecho.

En esta medida, estima el Despacho que existe suficiente claridad respecto de la improcedencia de la aplicación de reclasificación de cargos en la empresa portuaria, según estos argumentos y que la formulación de las pretensiones en franca inobservancia de esta postura, tanto de parte del reclamante como del operador judicial que dirimió el litigio al adoptar la decisión de fondo, revelan la marcada intención de alcanzar beneficios pecuniarios a partir de las desatinadas postulaciones, de las cuales se logró la condena añorada en contra de Puertos de Colombia sin que hubiere sustento cierto de orden normativo, condena que se hizo aún más gravosa al imponer el pago de sanción moratoria a partir de la inexistente mala fe de la empleadora, la cual ajustó su proceder a derecho.

Así las cosas, adicionalmente, emerge que la ilicitud del reconocimiento de reclasificación contrae igualmente la ilegalidad de todos los demás

conceptos que se ordenaron pagar con base en la misma, como lo fue, por ejemplo, la citada sanción moratoria ordenada en el asunto del Juzgado Sexto y la posterior reamortización de las prestaciones sociales y reajuste de la mesada pensional, que al no ser alcanzadas en aquel asunto, fueron materia de reclamo en el proceso del Juzgado Séptimo, avistándose entre éste y aquél un claro nexo fáctico, jurídico y pretensional.

Cabe agregar que de conformidad con las precisiones efectuadas en precedencia sobre el reconocimiento y las condenas que de éste se derivaron, tampoco era aplicable la imposición de sanción moratoria en contra de la empresa por estos eventos, pues ésta no operaba de forma automática ante la deficiencia en el pago de algún renglón atribuible a la ésta, ya que el origen de esta penalidad, debía antecederse de la demostrada concurrencia de la mala fe atribuible a la empresa al interior de la causa laboral y, a partir de la controversia desatada agotado el debate procesal respecto de este aspecto para llevar a su declaratoria judicial; situación que claramente no tuvo ocurrencia en el caso analizado, desprendiéndose su flagrante improcedencia e ilicitud, mucho más cuando al ser inviable la reclasificación cualquier pretensión derivada de ella resultaba inoportuna.

En esta medida se tiene que si bien se podría pensar que dicha posición se encontraba avalada por la doble presunción de legalidad y acierto, al mediar fallos de primera y segunda instancia en los que se discutió la procedencia de la reclasificación, circunstancia que ampara a las sentencias judiciales junto con el fenómeno de la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica, al haber sido adoptada por una Corporación judicial en sede de apelación, no menos resulta que la doctrina ha contemplado la existencia de la cosa juzgada fraudulenta, esto es, de asuntos que al estar cobijados por tales principios en razón de la firmeza de las decisiones, es posible descubrir que dicho estado de cosas se obtuvo con violación de la legalidad o de la verdad y en valoración de ilusorios argumentos¹⁶.

¹⁶ Ver, por ejemplo, la sentencia T-218 de 20 de marzo de 2012, emanada de la H. Corte Constitucional con ponencia del H. M. Dr. Juan Carlos Henao Pérez, donde esa Alta Colegiatura indicó: *“La cosa juzgada fraudulenta se presenta cuando la actuación aviesa al derecho se materializa en la providencia, mientras que el fraude procesal no necesariamente se reviste o tiene la calidad de la cosa juzgada. En este sentido, para diferenciar ambos conceptos, Véscori plantea que la cosa juzgada fraudulenta se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales, que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad”*; también el fallo T-951 emitido por la Corporación en cita 19 de diciembre de 2013, con ponencia del H. M. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, donde en referencia al principio *“FRAUS OMNIA CORRUMPIT”* adujo: *“Las instituciones del Estado Social de Derecho, establecidas para la promoción de los valores democráticos, basados en la solidaridad y en la vigencia de un orden justo, no pueden permitir que se consoliden situaciones espurias, bajo el argumento de la obediencia ciega a las situaciones juzgadas, cuando las mismas son*

Así, en este asunto se evidencia la existencia de la cosa juzgada fraudulenta o ilícita al hallarse que tal pronunciamiento se obtuvo con infracción a la legalidad y a la verdad, teniéndose por sentado que el cargo ejercido por el señor MEDINA OSORIO era susceptible de reclasificación, en desconocimiento de la prerrogativa convencional imperfecta que le era aplicable, así como el hecho de que haberse pagado deficientemente las prestaciones sociales al extrabajador constituía evento del que yacía implícita la mala fe de parte de la empresa, cuando se encuentra plenamente decantado que la presunción dista cardinalmente de los lineamientos que orientan dicha declaratoria, en la que en observancia de la garantía fundamental al debido proceso es necesaria la acreditación de la mala fe, la cual debe ser probada, discutida y declarada en el trámite judicial.

Pese a que la situación relativa a la reclasificación de cargos fue advertida en los fallos laborales de primera y segunda instancia que concitan la atención en esta causa penal, el *a quo* en aquella oportunidad consideró que *"la empresa Puertos de Colombia, debió efectuar la reclasificación de los trabajadores de categoría 8ª, como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en la CCT, de los años 1981-1982"*, afirmación de la que claramente se desprende que aquella clausula condicional que establecía la necesidad de que la empresa emitiera acuerdo en ese sentido dentro de los 30 días siguientes a la firma del acuerdo plural, no se dio ni en el plazo acordado ni después de haberse vencido; situación que reafirma la postura que se ha decantado en apartes precedentes en torno a la ausencia de documento que contenga el acuerdo que la empresa o ésta y los representantes de los sindicatos alcanzaron de cara a la reclasificación de cargos.

Con decisión de 27 de julio de 1992, con la que fue atendido el recurso de apelación planteado tanto la parte vencida en juicio contra el sentido del fallo, como el extremo demandante al considerar que la orden que le favorecía debía extenderse a la reamortización de las prestaciones sociales que mejoraban con la variación del promedio salarial de las anualidades en que se ordenó aplicar la reclasificación del cargo de tarjador, se aprecia relevante extractar de la afirmación hecha por la accionada, el aparte que hace referencia a que *"...las pretensiones de los demandantes son de consideraciones fácticas, porque de haberse pactado un parágrafo transitorio, en que la empresa se comprometía hacer (sic) una revaluación, es sólo la convención para los años de 1985 la que autorizó a la empresa a realizar tal reclasificación. Y es en esta convención -1985- donde se habla de reclasificación, ciñéndose a la*

producto de la cosa juzgada fraudulenta". Esta postura ha sido reiterada en el fallo T-373 expedido el 12 de junio de 2014, con ponencia del último H. M. en cita.

revaluación de cargos que hace la junta directiva de conformidad con el decreto 1174 de 1990, la cual establece que a partir del 3 de junio de 1985 es cuando los trabajadores el derecho a la revaluación y no en forma retroactiva como lo apreció el a quo".

De estas enunciaciones se desprende que, como ya se anunció, ese asunto finalmente se dirimió bajo la laxa y exacerbada interpretación de que efectivamente la empresa había adquirido la obligación de reclasificar los cargos, cuando a lo que quedó vinculada fue a una reevaluación dentro de los siguientes 30 días, de modo que al no estar habilitada por el sistema jurídico nacional para obrar en el sentido de modificar planta de personal y salarios, de acuerdo con los baremos ya explicados, lo propio era efectuar ese estudio y elevarlo ante la autoridad nacional competente para que adoptara la determinación de la reclasificación, lo cual no avistaron los Juzgadores Laborales de instancia que no detallaron cuáles eran los límites que en dicha materia tenían los directivos del terminal portuario respectivo o de la empresa estatal demandada, suponiendo que el objeto a modificar era propio de su fuero particular y olvidando que se estaba frente a una entidad regulada por el derecho nacional.

De allí que, al parecer, estimaron los falladores que se estaba ante una simple obligación transable y ejecutable sin ninguna otra trascendencia de parte de los extremos que pactaron la convención, omitiendo que, como se dijo, la reevaluación que debió adelantar la gerencia o las directivas debía sujetarse al entramado jurídico nacional para que la autoridad competente adoptara la decisión correspondiente, de suerte que en ausencia de la misma ni las señaladas directivas ni tampoco los Jueces de la República podían suplir el pronunciamiento del Congreso de la República o del Ejecutivo.

Las anteriores precisiones también conducen a sostener que los derechos declarados en sentencia de primer grado de 08 de junio de 1990, confirmada en segunda instancia el 27 de julio de 1992, emitidas dentro de la causa ordinaria laboral promovida por el procesado ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, que posteriormente sirvieron de fundamento para el proferimiento de la fechada el 09 de noviembre de 1994 por el Juzgado Séptimo de la misma especialidad, en la que se dispuso el pago de mesadas dejadas de entregar, reamortización de prestaciones sociales e incremento pensional, fueron decretadas en franco desconocimiento de las normas convencionales y doctrinales, y merecen el respectivo reproche criminal, al haber impactado en las arcas públicas en importe identificado en apartes precedentes.

Los aspectos hasta aquí examinados, que instituyeron los pilares de las demandas judiciales generadoras de los irregulares pagos gestionados

por el procesado por intermedio de su apoderado judicial -dentro de las que se incluyen la relacionada con el reproche afectado por el fenómeno prescriptivo y la que se ha analizado en apartes precedentes-, huelgan concluir que al encontrarse las pretensiones principales de las demandas inspiradas en derechos inexistentes, su declaratoria se erige como la irrefutable contravención a las normas convencionales, de las que igualmente se consolida la ya demostrada improcedencia de las pretensiones y las respectivas sentencias judiciales que constituyen cosa juzgada fraudulenta, como arriba se dijo.

Esta clara contravención dio lugar al ajuste de las prestaciones sociales y mesada pensional del procesado, ante el desconocimiento de sus derechos presuntamente conculcados, hallándose respaldados por argumentos ilícitos que hacen que su declaratoria se torne igualmente irregular, así como los pagos que se concretaron a partir de estos eventos, que impactaron en los recursos públicos que para entonces administraba la entidad portuaria y la entidad encargada del pasivo social de la misma; este actuar define la transgresión de la conducta descrita en el precepto 397 original del CP aplicable a este caso; de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, dicho tipo penal comporta las siguientes características.

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

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

El verbo rector del tipo es “apropiar”, por el cual *“(…) se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición ‘uti dominus’, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que*

bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, de otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración”¹⁷.

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”¹⁸. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo¹⁹. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSE CANCINO sostiene que dicho elemento subjetivo “(...) indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca 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 (...)”²⁰.

Por ello, el beneficiario del provecho no sólo puede ser el autor del delito, sino también un tercero, como lo estableció la Sala de Casación Penal de la H. Suprema de Justicia en sentencia del 17 de agosto de 1989, siendo ponente el H. M. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, al manifestar:

“Tal comportamiento corresponde, entonces ampliamente, con aquel que describe el Código Penal en su artículo 133 bajo la denominación del peculado, sin que puedan acogerse los reparos de la defensa al objetar que en esa acción no consiguió la acusada beneficio alguno, cuando la norma prevee la alternativa aquí cumplida de que la apropiación ocurra no solo en beneficio del empleado desleal, sino también de “un tercero”, siendo lo relevante el destacar que el acto de abuso no permite interpretación distinta a la voluntad de “Apropiación”, cuando el manejo de los bienes administrados se cumple al margen de las formalidades legales, y procediendo con la misma amplitud y autonomía como ocurre en el manejo de los propios bienes” (subrayado fuera del texto).

¹⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

¹⁸ PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal: partes general y especial. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

¹⁹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

²⁰ CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

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

Finalmente, frente a la expresión “por razón o con ocasión de sus funciones”, es preciso manifestar que *“la entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia, física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidos, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*²¹. 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”²².

Acorde a lo reseñado en preliminares, el actuar del procesado dirigido a alcanzar los antedichos reconocimientos pecuniarios valiéndose de las irregulares postulaciones que hicieron parte de las reclamaciones judiciales, representan cifras dinerarias que, en cuanto bien, se dieron con cargo al Tesoro Público y, por tanto, el comportamiento se ajusta objetiva y materialmente al tipo penal establecido en el artículo original 397 del CP, esto es, peculado por apropiación en la modalidad identificada, como con toda claridad emerge del pliego de cargos, con las aclaraciones que a lo largo de este proveído se han efectuado en cuanto a los argumentos expuestos por el representante de la Fiscalía en torno a las cuantías apropiadas en virtud de cada una de las resoluciones emanadas de la entidad portuaria y de las pruebas obrantes en el plenario, lo cual ha sido refutado de forma inane por la defensa, pues aunque destacó el hecho de que la Fiscalía realizó un estudio deficiente de los renglones reclamados por su cliente en los asuntos judiciales, del que se desprendiera la irrefutable ilicitud de su actuar, tampoco enalteció los aspectos que respaldaban normativa y circunstancialmente las deprecaciones efectuadas por su procurado, lo que en sentir del Juzgado, se debe a la ausencia de justificación en derecho que las resguarde.

²¹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

²² Ibídem pág. 97

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

De las puntualidades y valoraciones efectuadas se ultima que las conductas reseñadas, examinadas en torno de los conceptos y cuantías que cimentaron la causa laboral, revelan la existencia de eventos jurídicamente relevantes con entidad conculcatoria a la descripción típica contenida en el precepto sustantivo que enuncia el reato de peculado por apropiación, advirtiéndose además el impacto que de estos eventos se derivó en menoscabo de las arcas públicas, con lo que se tiene establecido el conjunto de circunstancias que, detectados y decantados los elementos objetivos del reproche criminal, serán objeto de estudio de cara al componente volitivo endilgable al procesado.

Se añade a lo expuesto que además de la inviabilidad jurídica de la reclasificación del cargo y de todos los demás conceptos que de ello se derivaron, tampoco era viable ninguna reclamación por otros factores, toda vez que, como quedó acreditado mediante dictamen pericial, la empresa portuaria no tenía pendiente ni deuda alguna con el aquí acriminado.

Dicho esto, el Despacho emprenderá el análisis de la presunta responsabilidad del señor DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO en la comisión de la conducta reprochada, escrutinio que estará dirigido a corroborar el posible conocimiento que respecto de la improcedencia de los ruegos ostentaba el llamado a juicio criminal, si éste pudo haberse dado desde los albores de las reclamaciones o con posterioridad cuando se puso en marcha el aparato judicial y administrativo para acceder a sus aspiraciones; y si estuvo en posibilidad y oportunidad de declinarlas.

Dentro de los derroteros que necesariamente integran el presente examen se encuentra aquel que remite a las calidades personales del procesado, quien se desempeñó a órdenes de la empresa portuaria por más de 20 años en el cargo de tarjador, plaza que si bien no le asigna un conocimiento detallado de las normas convencionales que gobernaban las actividades laborales, no lo es menos que el hecho de percibir un salario quincenal al que se le aplicaban los aumentos y recargos derivados de su particular labor en el puerto, junto con la aspiración de que los cargos fueran reclasificados con miras a incrementos salariales, sin que finalmente este anhelo se materializara, lo hacen conocedor de los pormenores de los factores entregados periódicamente y de que los elementos que conformaban la base de liquidación de sus prestaciones sociales y mesada pensional se hallaban debidamente valorados, mostrándose si embargo insatisfecho, encontrándose demostrado a partir del material probatorio apercibido al expediente que los cálculos efectuados por la empresa se ajustaron a lo devengado en el último año laborado y a los periodos en que se causaron los derechos del extrabajador, luego resulta injustificado que teniendo conocimiento de estos aspectos hubiere impulsado diversos reclamos por vía judicial escudado en la asesoría que le ofreciera su togado OROZCO CABALLERO.

La reclasificación de cargos era un tópico que carecía por completo de procedencia para los efectos perseguidos por el procesado y que lo convocan a reproche penal; tan etérea fue su aplicación, que en vigencia de la relación nunca tuvo impacto salarial respecto de los operarios que ocupaban los cargos contemplados para ser reajustados, pues como se ha resaltado insistentemente con fundamento en las posturas de las máximas instancias en la especialidad laboral y la realidad probada en este expediente, la condición para que se aplicara el incremento, que en principio, y de forma contraria a la convención, estuvo asignada de forma exclusiva a las directivas de la empresa portuaria y después a ésta conjuntamente con los representantes de los sindicatos, nunca se concretó y, por ende, no trascendió de la mera expectativa; situación que pudo ser plenamente advertida por el procesado, quien mientras se desempeñó a órdenes de la entidad portuaria no gozó de dichos incrementos en sus percepciones salariales por la ya comentada falta de materialización del compromiso que daría vida al derecho.

Si bien el procesado inicialmente pretendió mostrarse ajeno a los reclamos judiciales reprochados, cuando fue vertida su versión libre en fase investigativa, al ser interrogado sobre este mismo particular en etapa de causa, cambió su postura a la de aceptar conocer al profesional que lo representó en los dos asuntos que inicialmente integraron la materia de investigación, de lo que emerge claro que aunque el primero pretendió diluir su responsabilidad, sí estuvo al tanto de los detalles de la

reclamación a impulsar, conocía de la naturaleza de ésta, así como de la inexistencia de respaldo normativo; posición que de haber contado con un serio cobijo legal, hubiere sido materia de reclamo desde la misma vigencia de la relación laboral con fundamento en la misma norma convencional; no obstante, de haber reclamado en ese entonces se hubiere encontrado con la ausencia de acuerdo entre las partes firmantes del pacto colectivo que diera vigencia a la prerrogativa, mismo que se pretendió constituir a partir de orden judicial, con las irregulares consecuencias que dieron lugar a esta causa.

El señor MEDINA OSORIO, aun estando al tanto del ilícito concepto que integraría las reclamaciones administrativas y judiciales reprochadas, dio curso a los actos que estaban bajo su dominio para acceder a los pagos que se le imputan, respecto de los que afirma en su defensa desconocer; postura que ante el indiscutible hecho de haber sido reclamados ante la entidad portuaria de forma previa y personal a iniciar las deprecaciones por vía judicial, le resta cualquier asomo de entidad justificante que pueda valorarse en su favor. El material probatorio yacente en el trámite judicial por él promovido demuestra que estaba al tanto de la identificación del concepto a reclamar y de las deprecaciones accesorias que devendrían de la primera, a las que se arribó en clara contravención de los lineamientos convencionales, causando el referido detrimento de los recursos públicos.

Las aptitudes del procesado, al margen de la escasa formación con la que cuenta, no son la muestra fehaciente de que se trata de persona que tenga un entendimiento limitado de sus actos, que se encuentre en incapacidad de arribar a conclusiones a partir de, por ejemplo, el concepto que le hubiere podido ofrecer el profesional que lo representó en los asuntos materia de juicio o de la lectura de los documentos que firmó en aquel contexto, pese a que se ha querido mostrar ajeno a los minucias de los eventos que hacen parte del presente juicio.

En consideración a las precisiones analizadas, no se advierte duda respecto de que el procesado MEDINA OSORIO estuviere al tanto de que con su actuar se pondría en efectiva vulneración las arcas estatales y que esto constituyera una acción sancionada por la Ley, que conllevaría censura por el conglomerado social y que sería rechazada por la comunidad ante un mínimo sentir de justicia y equidad; pues su actuar doloso dirigido a la declaratoria de condena en contra de la empresa ante la inexistente procedencia de la reclasificación de cargos y el consecuente reajuste de renglones que la empresa había atendido con justeza, cuando no había lugar a ninguno de ellos, también abrió la puerta para que se asumieran exorbitantes pagos moratorios a cargo de la entidad portuaria.

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

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento del procesado así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por el mismo para perpetrar las conductas que se examinan²³, puesto que aviene inhesitable que la demanda se gestó en medio de masivos cobros irregulares por parte de abogados y ex trabajadores, quienes de manera generalizada y en vista de la liquidación de la empresa portuaria, del desgüeño administrativo de la misma y su pronta desaparición, entablaron altísima cantidad de reclamaciones, aún sin justificación alguna, amparados en interpretaciones amañadas de las CCT, con de una u otra forma concurrencia de Jueces, otros servidores públicos y funcionarios de esa entidad estatal, o de quienes se les asimilaban.

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

“...se investiga a servidores públicos, abogados y trabajadores de Puertos de Colombia, resultando palmario en tales asuntos que el fondo de liquidación de dicha entidad se convirtió en la caja menor de personas que se propusieron obtener retribuciones económicas que en estricto derecho no les correspondía²⁴.

²³ 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.

²⁴ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido sentencias y autos de casación, y como juez de primera y segunda instancia por hechos referidos a la defraudación de Foncolpuertos por delitos de *peculado, prevaricato, fraude procesal, estafa, falsedad, concierto para delinquir* y otros punibles, así: 07/11/2001, radicación 18882; 12/05/2000, radicación 16863; 25/09/2001, radicación 18021; 28/11/2002, radicación 17022; 16/12/2002, radicación 19095; 21/01/2003, radicación 19489; 06/03/2003, radicación 18021; 23/04/2003, radicación 18021; 27/05/2003, radicación 18666; 26/11/2003, radicación 19630; 09/02/2005, radicación 23153; 04/05/2005, radicación 23550; 15/11/2005, radicación 24466; 26/01/2006, radicación 20647; 18/05/2006, radicación 23350; 01/06/2006, radicación 21428; 16/06/2006, radicación 24746; 16/06/2006, radicación 24145; 16/06/2006, radicación 23954; 22/06/2006, radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615;

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

También dijo en otra decisión:

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

Recuérdese –tal como lo ha precisado la Sala en abundantes pronunciamientos emitidos en sede de casación²⁵- 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...”²⁶

Es claro que el procesado aprovechó este contexto como oportunidad y escenario propicio para consolidar su trazado²⁷. En efecto, se aprecia

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

²⁵ Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

²⁶ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

²⁷ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que

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

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

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

De hecho, sobre este contexto y conocimiento nacional del mismo, en sentencia del 12 de mayo de 2010, con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González de Lemos, en el asunto No. 29799, el máximo órgano en lo penal, reitera²⁸:

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

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

²⁸ Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najar Moreno.

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

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

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

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

"ARTICULO 30. PARTÍCIPIES. 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 concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte".

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

exigidas en el tipo”²⁹. 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”³⁰.

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

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

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

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

La Corte, al respecto, ha dicho:

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

²⁹ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de derecho penal, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

³⁰ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

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

Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado³¹.

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 determinación³².

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.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

*Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturatus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico³³.*

(...)

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

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

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

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

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

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

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

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

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

asociación delincuencial. No empecé, con toda certeza se deriva que el grado de concurrencia personal que le es propio es el de determinador.

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

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

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

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

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

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

En este orden, es evidente que los reconocimientos de los conceptos y cuantías arriba explorados, contraventores de las normas convencionales, supletorias y líneas jurisprudenciales pertinentes, fueron posibles con el concurso efectivo de servidores públicos, llámense Gerentes Generales de FONCOLPUERTOS, sus apoderados y 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 de los ilícitos aquí analizados.

Estas apreciaciones encausan las conclusiones a que la participación del enjuiciado en los trámites judiciales y la posterior emisión de los actos administrativos que ordenaban su pago, estaba previa y conscientemente trazada para otorgarle apariencias de licitud, con conocimiento de que los funcionarios judiciales de Barranquilla despacharían de forma favorable sus pretensiones; empero, esa estrategia, consistente en una cadena real y material de determinadores, no llama a confusiones ni tampoco a dudas, toda vez que resulta diáfano que el entramado creado entre quien se convoca a juicio criminal y

quienes ostentaban la disposición del erario, conlleva a un punto común que es el de concretar los actos consumativos del reato de peculado por apropiación en las modalidades arriba identificadas en detrimento de los recursos públicos.

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

En torno del esquema de culpabilidad consagrado en la Ley 599 de 2000, la doctrina nacional indica que *“El nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), a diferencia del Código Penal de 1980, no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática; sin embargo, se podría afirmar que sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”*³⁴.

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

Siendo 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 mismo.

Por los motivos aquí expuestos, el Juzgado arriba a la plena certeza de que el acusado DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO deberá responder a título de **DETERMINADOR** de la sindicación de **peculado por apropiación**, acorde a las puntualizaciones que respecto a las cuantías

³⁴ CÓRDOBA ANGULO, Miguel. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

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

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

PUNIBILIDAD

Habiéndose examinado los elementos estructuradores de la conducta punible y los derroteros que consolidan el compromiso del procesado, el Despacho pasará a definir la sanción a imponerle por la comisión del delito cometido, analizando lo correspondiente a la pena principal y a las accesorias del convocado a reproche.

Así las cosas, acorde al tenor de los preceptos 60 y 61 del CP, para especificar la pena del punible perpetrado, es necesario en primer lugar fijar los límites de los mínimos y máximos en los que ha de moverse el Juzgador; de otro lado, dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos; posteriormente, ubicarse en el cuarto correspondiente de acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del canon 61 del estatuto penal; y por último, implantado el cuarto correspondiente en el que se moverá, impondrá la sanción correspondiente según el inciso 3° del mandato 61 del CP.

El peculado por apropiación simple establece como pena de privativa de la libertad, según la disposición 397 original del CP vigente, de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses de prisión, la cual es aplicable al presente asunto en consideración a que el valor de lo apropiado no superó la cuantía de \$31'604.379,26, equivalentes a **68,35 SMLMV**, tal como quedó decantado en el acápite pertinente, de suerte que serán los anunciados extremos punitivos, de conformidad con el canon 60 inciso 2° regla 2ª de la Ley 599 de 2000, los que direccionen el establecimiento de la sanción a imponer.

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

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

Instituido este aspecto, para fijar el cuarto en el que el Despacho debe moverse se tendrá en cuenta que en el presente caso no se encuentran acreditadas circunstancias agravantes o de atenuación punitiva, por lo

que al no haberse imputado circunstancias genéricas de incremento sancionatorio, de acuerdo con el inciso 2º del mandato 61, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, esto es, entre **72 y 99 meses de prisión.**

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

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

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

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

El conocimiento que ostentaba el procesado respecto de la aplicación de las normas convencionales que sirvieron de sustentáculo para el posterior reclamo administrativo y judicial, en particular de aquellas relacionadas con el establecimiento salarial y prestacional, permiten afirmar que su actuar estuvo inequívocamente enderezado a alcanzar beneficios pecuniarios a partir de las irregulares postulaciones que copiosamente adelantó por las mencionadas vías, plenamente identificas en la presente causa penal, como se aprecia a partir de las pruebas apercibidas al expediente, aspectos que confluyen a que no se trató de un proceder aislado o producto de un lapsus que lo llevó a efectuar las irregulares solicitudes por el desconocimiento de las prerrogativas convencionales u obrando bajo la convicción de reclamar con justeza frente a las autoridades competentes; ya que por el contrario, se advierte que su irregular actuar obedeció a un patrón habitual y doloso, del que se concluye un alto compromiso merecedor del igualmente prominente reproche.

De allí emerge que el comportamiento desplegado por DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO 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...”³⁵.

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder del acusado, se detalla que la lesión efectivamente causada con su conducta menoscabó el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valor del que si bien se tiene evidencia de haber sido ordenado reintegrar en virtud de orden administrativa, también se tiene noticia de que dicha deducción no ha sido objeto de descuentos de su mesada pensional, por lo que el detrimento causado con su actuar no ha sido

³⁵ Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

restituido de forma parcial o total mediante descuento directo por nómina de las mesadas pensionales en razón de la mencionada disposición o devuelto de forma voluntaria por éste.

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

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

Acorde a estas apreciaciones, halla el Despacho que tanto el riesgo ilegal efectivamente creado y el impacto causado en el bien jurídico tutelado en cuanto afectación real y material, así como el alto nivel del dolo mostrado por el acriminado, demandan definir la pena imponible, originada en la actuación judicial adelantada ante el Juzgado Séptimo Laboral de Barranquilla y las actuaciones administrativas relacionadas, en punto de **SETENTA Y TRES (73) MESES DE PRISIÓN**, a título de determinador responsable de la conducta punible de **PECULADO POR APROPIACIÓN SIMPLE**, **guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

De la pena de multa.

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

Así, en el presente caso, teniendo en cuenta que las erogaciones a cargo del Estado derivadas del proceder del acriminado se dieron mediante acto administrativo 1328 de 15 de septiembre de 1997, el cual impactó de forma periódica en el erario con ocasión de la variación de la mesada pensional, ha de recordarse las cuantías que componen el probado detrimento a los recursos públicos, que acorde a la relevancia y el

contenido del ordinal noveno del memorando GIT-GPSPC-ASNP 835 de 27 de mayo de 2011, se concretan en el pago efectuado en la resolución 1328 de 15 de septiembre de 1997, en la que se dispuso el pago de diferencias pensionales en cuantía de \$2'369.657,00 equivalentes a 13,77 SMLMV, estableciéndose en el mismo escrito un mayor valor pagado en la precepción desde septiembre de 1997 a mayo de 2011, en importe de \$29'234.722,26 equiparados a 54,58 SMLMV, sumas que en conjunto ascienden al total de \$31'604.379,26, que se implanta como el global de lo apropiado y constituye el importe a sancionar como pena de multa, visto adicionalmente que la cuenta a la que se arribó no excede el tope señalado en la mencionada norma, y acorde al derrotero seguido por el máximo Juez Penal Colombiano en su jurisprudencia³⁶.

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.

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.

DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

³⁶ 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.

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”.

El aspecto a destacar es que una vez 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 Penal³⁷, 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:

³⁷ Providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 24 de febrero de 2014, en el caso de única instancia identificado con el radicado 34099 (AP782-2014) adelantado contra Piedad Zucardi. Igualmente puede consultarse el auto de 3 de septiembre de 2014, adoptado por esa Alta Colegiatura en el radicado AP 5227-2014, 44.195, con ponencia de la H. M. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

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

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

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

Confrontando las dos legislaciones, y anteponiendo el principio constitucional de favorabilidad, se observa que, si bien es cierto inicialmente y frente al primer requisito, se podría estimar que es más ventajosa la Ley posterior, por cuanto se amplía el espectro sobre el factor objetivo, vale decir, de la exigencia de tres años pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer al procesado sancionable rebasa con creces tales linderos objetivos.

Asimismo, al observar el segundo de los requisitos, se encuentra una prohibición explícita, contenida en el inciso 2° del actual canon 68 A del CP el cual fue entronizado por el precepto 32 de la mencionada Ley 1709, el cual crea ciertas excepciones a la prohibición de la concesión este subrogado³⁸.

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

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

"... si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 - aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 ídem)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ

³⁸ Dice el texto legal: "Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales: No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (...) // (...) quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública".

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."

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

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

El ordenamiento jurídico en aplicación del principio de solidaridad, de la protección a la dignidad humana y de la tutela especial que requieren ciertos grupos de personas en razón de la vulnerabilidad derivada de su condición etaria, según los artículos 1º, 13 y 46 superiores, reconoce especial amparo al adulto mayor, esto es, a la persona mayor de 60 años de edad, según el artículo 3º de la Ley 1251 de 2008³⁹, 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:

³⁹ 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".

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

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

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

En el caso de la especie, se aprecia que el encausado tiene actualmente 84 años. Por ello, debe ser considerado según los lineamientos anteriores como persona de la tercera edad, sujeto de protección constitucional especial, y mayor de 65 años acorde a la exigencia de los artículos 417 y 362 numeral 1° de la Ley 600 de 2000.

Ante la otra exigencia, esto es, que *“su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida”*, del plenario no emerge el conocimiento de rasgos particulares o precisiones actuales tocantes a dichos tópicos que conduzcan indefectiblemente a negar el instituto en estudio.

Adicionalmente, el paginario no da razón de que el procesado se halle hogaño involucrado en problemas de índole familiar o social distintos de los derivados de su vinculación a la presente actuación procesal y a los hechos que se analizan, comoquiera que no militan antecedentes o anotaciones judiciales o policiales recientes o actuales e indicativos de comportamiento inapropiado, de irrespeto a las normas básicas de convivencia social o a las autoridades, sumado a que se tiene que el encausado cuenta con familia, aun cuando se denota que ha variado su lugar de residencia, no se acreditó al menos que hubiere sido sometido a sanciones disciplinarias, y que cuando fue citado por la Fiscalía y por este Estrado acudió al llamado tras una ingente búsqueda.

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

familia le impone.

También percibe el Juzgado la necesidad de efectuar el siguiente balance alrededor de la situación particular del procesado DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO, quien como se dijo, cuenta en la actualidad con 84 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 – BEPS⁴⁰, su esperanza de vida es tan sólo del 6.8%, visto que ya vivió el 93.2%.

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

Es menester señalar que los cálculos aquí realizados son ajenos a cualquier juicio intencional o subjetivo del Despacho, de forma que no se

⁴⁰ 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.

entiendan en cuanto el deseo del mismo respecto de lo que este acriminado pueda vivir, ni mucho menos que se refieran a lo que materialmente alcance como límite temporal de vida, sino que se extraen a partir de los datos oficiales que habilitan establecer para algunos efectos, como el presente, cómputos a manera de vaticinios con grado de probabilidad.

Por lo tanto, encuentra este Despacho que surge el consejo a manera de conclusión de que en este caso es jurídicamente viable otorgar bajo los derroteros normativos arriba indicados, el subrogado bajo estudio a DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO.

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

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

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 en concreto, el Despacho observa que de las pruebas apercibidas al paginario se tiene certeza de la revocatoria tanto de las decisiones judiciales proferidas en los asuntos que inicialmente integraron los eventos materia de reproche, esto es, de la sentencia de 30 de mayo de 1994 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, objeto de declaratoria de prescripción, y de la adiada el 09 de noviembre de la misma anualidad proferida por el homólogo Séptimo de la misma especialidad que se instituye como generadora de ilicitud, al ser revisadas en consulta, como de la afectación definitiva de los actos administrativos que de las comentadas decisiones judiciales se desprendieran, se recuerda, las resoluciones 1136 de 23 de septiembre

de 1994, 2344 de 10 de diciembre de 1996 y 1328 de 15 de septiembre de 1997, decisiones destacadas en el texto de la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, por lo que en lo que atañe a la necesidad de adoptar decisiones y actos de cara a este tópico el Despacho encuentra que se trata de aspecto actualmente superado.

Finalmente, al no haber sido objeto concreto de acusación lo relativo al asunto tramitado por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla que emitió fallo el 08 de junio de 1990, el cual fue materia de manifestación de parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en apelación el 27 de julio de 1992, y de la providencia contentiva del mandamiento de pago fechada el 14 de septiembre de 1992, este Estrado ha de abstenerse de adoptar cualquier determinación al respecto, a pesar de advertir ilicitud objetiva en esas providencias.

DAÑOS, PERJUICIOS Y AGENCIAS EN DERECHO.

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

En el presente caso, se advierte que la indemnización deprecada por la entidad que representa los intereses de la Nación⁴¹, UGPP, en la demanda mediante la que se constituyó en parte civil, hizo referencia al monto que fue materia de tasación en la resolución 1438 de 15 de noviembre de 2011, que como se ha dicho, se hallaba soportada en el contenido del memorando GIT-GPSPC-ASNP 835 de 27 de mayo de la misma anualidad, en la que se estableció el monto de lo indebidamente pagado al exportuario en los dos procesos objeto de investigación, la cual reclamó, debía ser indexada desde la fecha en que fue efectivamente recibida hasta cuando se efectuara el pago total, salvaguardando el derecho de reclamar por fuera de ese tope en caso de que se demostrara un perjuicio mayor en curso de la investigación; frente a lo que ha de precisarse que a lo largo de la actuación no fue demostrada variación a dicha estimación.

Adicional a lo anterior se deprecó la imposición de condena en costas procesales y se expresó la intención de alcanzar los fines de esclarecimiento de la verdad y la realización de la justicia, citando algunos referentes jurisprudenciales relacionados con el particular. Demanda que fue objeto de estudio en resolución de 28 de julio de 2015, con la que la Fiscalía instructora la admitió.

⁴¹ Folios 12 a 15 cuaderno de Parte Civil.

En esta medida, ha de precisarse que las estimaciones efectuadas por quienes ocuparon el sitio de representante de víctima al interior de la presente causa penal, expresadas tanto en la comentada demanda como en la exposición de los argumentos presentenciales, se encuentran actualmente revaluadas, a partir de la afectación del evento relacionado con el trámite judicial promovido ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito, que fue afectado con el fenómeno de la prescripción; circunstancia de la que se desprende el acogimiento parcial de la solicitud de la parte civil, comoquiera que únicamente se podrá tener en cuenta el detrimento patrimonial ocasionado con la reclamación relacionada con la sentencia del Juzgado Séptimo Laboral, a partir del cual se erogaron 68,35 SMLMV, debidamente discriminados en apartes preliminares; luego será en el mencionado importe en el que se impartirá condena en contra del procesado con ocasión a los daños a resarcir con el despliegue de su conducta.

Por estos motivos el señor **DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO** deberá pagar solidariamente con quienes igualmente han sido o resulten condenados por los hechos aquí analizados, en las condiciones ya indicadas, dentro de los SEIS (06) MESES siguientes a la firmeza de este fallo, a favor de la Nación por intermedio de la parte civil constituida otrora en este trámite ahora representada por la UGPP o la entidad que hiciere sus veces, el **VALOR IGUAL A SESENTA Y OCHO COMA TREINTA Y CINCO (68,35 SMLMV) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES PARA EL MOMENTO DEL PAGO EFECTIVO**, de suerte que al mantenerse el rubro pertinente en esta unidad de medida preserva el valor nominal del efecto devaluatorio producido por los factores macroeconómicos que lo han impactado a lo largo del tiempo y garantiza la conservación de su poder adquisitivo debidamente actualizada hasta el momento preciso de su cancelación.

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

incremento decretado por el Gobierno nacional para el SMLM año tras año consulta el IPC precedente.

De otro lado, advierte este Estrado que en este caso no se probaron al menos sumariamente, como debe hacerse, las situaciones que harían viable la condena por daños morales objetivados cuando el Estado o una entidad jurídica es víctima de un delito⁴².

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

Respecto de la condena en costas, expensas y agencias en derecho, se precisa aun cuando el representante de la parte civil reclamó expresamente condena por el primero de los mencionados rubros, pero no aportó estimación expresa del importe de los gastos irrogados con ocasión del presente trámite, el Juzgado encuentra necesario expresar las siguientes consideraciones de cara a la facultad legal oficiosa que le asiste para pronunciarse y tasar únicamente algunos de estos tópicos acorde a lo que ahora se manifestará.

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

Esa H. Corporación analizó los alcances de los artículos 56 ritual penal, el 365 del CGP, especialmente el numeral 8, junto a su precepto 366, enfatizando sus numerales 3 y 4, y un aparte de la sentencia de unificación fechada el 6 de agosto de 2019, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado 15001-33-33-007-2017-00036-01 (AP)REV-SU, y concluyó que *"las **expensas** deben probarse en la actuación, mientras que las **agencias en derecho***

⁴² 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.

se entienden producidas siempre que hay intervención judicial vencedora, por la llana razón de que obrar como parte en un litigio exige dedicación y tiempo -ya sea mediante apoderado o en causa propia-; factores que han de ser compensados por el decisor”.

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

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

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

De cara a este tópico, el Despacho nota que la Nación se constituyó como parte civil en este caso por medio de la actividad desplegada por alguna de sus entidades, y efectuó las diligencias concernientes a la defensa y promoción de sus intereses y pretensiones, de forma que acorde a la normatividad legal sustantiva y adjetiva así como administrativa emanada mediante Acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es procedente condenar al aquí penal y civilmente sancionable de quien se tiene acreditada su concurrencia personal y responsable en el ilícito objeto de estudio, a pagar solidariamente a favor de la Nación por intermedio de la UGPP, o de la entidad que hiciere sus veces, **costas, expensas y agencias en derecho** en que la parte ofendida hubiere incurrido para gestionar en este asunto sus intereses, esto en atención al artículo 392 numeral 8° del

extinto Código de Procedimiento Civil, que disponía que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, y las actuales previsiones de los cánones 361 a 365 del CGP, en especial la 365 numeral 8º ídem que reprodujo a su antecesora trascrita.

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

NOTIFICACIONES

Dado que algunos de los sujetos procesales residen en diferentes municipios del país, es necesario decretar, en garantía a los derechos de la defensa y debido proceso, que la notificación de la presente sentencia a quienes no tienen domicilio en esta ciudad o no pueden comparecer directamente al Despacho, se efectué 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 ídem, especialmente observando el inciso 3º que reza *“La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga”*, motivo por el cual se remitirá con el despacho comisorio correspondiente solamente una copia de este fallo en texto físico impreso y en archivo digital soportado en disco óptico.

Para dicho cometido se concede a los Juzgados Penales comisionados, los cuales precisará la secretaría en los Despacho respectivos, el término perentorio de cinco (5) días contados a partir del recibo de la correspondiente comunicación, y desde ahora se solicita que una vez cumplido lo anterior sea regresado el diligenciamiento atendido conforme a la Ley.

Es menester advertir a los Juzgados Penales comisionados que en razón de que la Ley 600 de 2000 en los artículos arriba indicados definió con toda claridad la reglamentación atinente a esta clase de notificación, no podrán dilatar el trámite o exigir el acompañamiento de otras piezas procesales o mayor cantidad de copias de esta providencia, toda vez que en estos eventos el mandato 23 de dicha Ley no permite por lo expresado remitirse a otras codificaciones adjetivas.

Esta determinación no es restrictiva, de modo que para notificar esta decisión también se utilizarán las vías ordinarias de Ley y, en la medida de la disposición, los mecanismos más expeditos y efectivos de comunicación, de 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: DECRETAR OFICIOSAMENTE la prescripción de la acción penal respecto del reato de peculado por apropiación simple asociado con el trámite adelantado ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla en favor del procesado **DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO**.

SEGUNDO: CONDENAR al señor **DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO**, de condiciones civiles y personales obrantes en el expediente, a título de **DETERMINADOR** del delito de **PECULADO POR APROPIACIÓN SIMPLE**, a la pena principal de **SETENTA Y TRES (73) MESES DE PRISIÓN, MULTA IGUAL A TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS (\$31'604.379,26), E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL**.

TERCERO: CONCEDER a **DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO**, la suspensión de la ejecución de la pena, en los términos, condiciones y garantías establecidos en la parte motiva pertinente de esta sentencia, una vez en firme la misma, la cual habrá de garantizar según lo ya expresado.

CUARTO: ORDENAR al acriminado **DIÓGENES DE JESÚS MEDINA OSORIO** pagar la pena principal de multa en los montos y términos indicados en precedencia.

QUINTO: CONDENAR al enjuiciado **MEDINA OSORIO** a pagar a favor de la Nación y por medio de la entidad que la representa **los perjuicios ocasionados con el delito por el cual ha sido aquí condenado**, según las estimaciones efectuadas sobre el particular en este proveído, así como en las condiciones y plazos indicados en precedencia.

SEXTO: CONDENAR al procesado a pagar a favor de la parte civil o quien haga sus veces las costas, expensas y agencias en derecho, una vez en

firmé esta decisión y la respectiva liquidación, acorde a las precisiones efectuadas sobre el particular en el aparte pertinente de esta decisión.

SÉPTIMO: ABSTENERSE de adoptar medidas de restablecimiento de derecho, acorde al canon 21 del CPP, según lo explicitado en precedencia.

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