

Proceso nº 37611

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 121.

Bogotá D.C., abril once (11) de dos mil doce (2012).

VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor conjunto de los procesados CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS, ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO con el fin de sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de junio de 2011, mediante la cual confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad el 30 de julio de 2010 que condenó a los mencionados como determinadores del delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El supuesto fáctico que activó la presente actuación fue compendiado por el juzgador de primer grado, de la siguiente forma:

“Los hechos investigados fueron puestos en conocimiento de las autoridades a través de denuncia que formulara el Ministerio de la Protección Social a través del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la entidad Puertos de Colombia, por haber reclamado prebendas laborales sin justo título, generándose detrimento patrimonial de la Nación, apropiación que se detectó dentro del estudio realizado a las órdenes cronológicas N. 31, N. 35, N. 39, que contienen las reclamaciones presentadas por los mencionados.

Se deduce del acontecer procesal que cada uno de los enjuiciados, valiéndose de la ayuda de abogados, y con la utilización de todos los medios que la Constitución y la ley han establecido, acudieron ante diferentes autoridades legítimamente constituidas para obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que ya habían sido saldadas con ocasión de la liquidación de sus respectivos contratos de trabajo, así como accedieron a la cancelación de reajustes pensionales inmotivados, lo cual generó grave detrimento por la Nación por concepto de indemnizaciones moratorias, conciliaciones y reconciliaciones que ascendieron a una suma de \$ 560.187.801, según se verifica a través de los soportes de pago que a nombre de cada uno de los mencionados procesados obran en las diligencias”.

Con fundamento en la denuncia, se dispuso la apertura formal de investigación a la cual fueron vinculados, mediante diligencia de indagatoria, CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS, ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO, respecto de quienes la Fiscalía, con el objeto de definir su situación jurídica, se abstuvo de dictarles medida de aseguramiento.

Cerrada la instrucción, el sumario se calificó el 19 de noviembre de 2007 con resolución de acusación en contra de los procesados como posibles determinadores del delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo. Al mismo tiempo, les precluyó investigación por la conducta punible de prevaricato por acción, por prescripción de la acción penal.

Impugnada la anterior determinación, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá la confirmó el 16 de julio de 2008.

La subsiguiente fase del juicio le correspondió adelantarla inicialmente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de esta ciudad, ante el cual se surtieron las audiencias preparatoria y de juzgamiento, y luego al Cuarto de la misma especialidad.

Este último despacho judicial dictó sentencia el 30 de julio de 2010, por cuyo medio condenó a los acusados como determinadores del delito de peculado por apropiación a la pena principal de trece (13) años de prisión.

Así mismo, los condenó a la también pena principal de multa, discriminada de la siguiente forma: (i) en contra de CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS por la suma de \$ 374.675.471; (ii) de ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA por la de \$ 103.297.452 y (iii) de ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO por \$ 82.214.878.

Igualmente, los condenó a la pena de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la sanción privativa de la libertad y al pago de perjuicios materiales, así:

A CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS en cuantía de \$ 374.675.471; a ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA en \$ 103.297.452 y a ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO en \$ 82.214.878.

En la misma determinación, les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

La decisión anterior fue impugnada por el defensor conjunto de los implicados, motivo por el cual se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de junio de 2011, impartiendo confirmación, con las siguientes modificaciones:

- Condenó a CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS a las penas principales de ciento cinco (105) meses de prisión y multa por valor \$ 341.401.168,17 y al pago de perjuicios por la misma cantidad.
- Condenó a ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA a las penas principales de noventa y seis (96) meses de prisión y multa por valor \$ 102.289.426 y al pago de perjuicios por la misma cantidad.
- Condenó a ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO a las penas principales de ochenta y siete (87) meses de prisión y multa por valor \$ 54.402.447,04 y al pago de perjuicios por la misma cantidad.
- Condenó a todos los prenombrados a la pena de inhabilitación en el ejercicio derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. En lo demás, dejó incólume la decisión

Contra el fallo adverso de segundo grado interpuso recurso extraordinario de casación el mismo sujeto procesal, para cuya sustentación presentó oportunamente demanda.

Dentro del término establecido para los no recurrentes, por su parte, allegó escrito el apoderado de la parte civil reconocida en el proceso.

LA DEMANDA

Postula cuatro censuras contra la sentencia impugnada, en su totalidad sustentadas en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por nulidad.

Por razones de método y con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, en el siguiente acápite considerativo la Sala empezará por sintetizar los fundamentos de cada uno de los cargos, luego de lo cual, si es del caso, hará lo propio en relación con el alegato del sujeto procesal no recurrente, tras lo cual expondrá su criterio en torno al cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad. Esta labor se realizará de forma conjunta frente a los dos últimos reparos donde el censor denuncia defectos de motivación del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Primer cargo (principal). Nulidad por violación al debido proceso:

Para el censor la totalidad de las acciones penales adelantadas por razón de las conductas punibles por las cuales se condenó a sus defendidos prescribieron en la fase instructiva, en tanto el término que se debe contabilizar para tal efecto es de 11 años y 7 meses, el cual se verificó antes de que cobrara ejecutoria la resolución de acusación proferida en su contra.

Consideraciones de la Corte:

Para la Corte es indudable que este cargo de la demanda presentada por el defensor conjunto de los implicados CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS, ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO satisface a cabalidad los presupuestos de lógica y adecuada argumentación previstos legalmente, motivo por el cual se dispondrá su admisión y, consecuentemente, se ordenará correr traslado al Procurador

Delegado para que emita concepto, de conformidad con lo presupuestado en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

2. Segundo cargo. Nulidad por falta de competencia:

Expone el censor que el motivo de nulidad se configura en tanto la sentencia de primera instancia fue dictada “por un juez de la república que no estaba revestido de competencia para conocer del procedo (sic), situación que viola de manera abierta derechos y garantías fundamentales en especial el debido proceso, el principio de juez natural y el derecho de defensa”.

Antes de explicar las razones que lo llevan a la anterior conclusión, recuerda cómo el mismo planteamiento lo presentó para sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el fallo de primer grado, no siendo acogido por el ad quem “con argumentos imprecisos, descontextualizados, acomodados e hipotéticos, por esta razón en sede casación (sic) insisto en plantear dicho yerro, con la finalidad de su subsanación”.

El vicio denunciado, añade, tiene que ver con el lugar donde se cometieron las conductas, pues si ellas tuvieron ocurrencia en la ciudad de Barranquilla, la competencia asistía al juez penal del circuito de esa localidad, además de ser el sitio donde se encontraron las pruebas más valiosas y donde residen los sindicatos.

De este modo, cuando se practicaron las primeras pruebas a través de despachos comisorios se quebrantó el principio de inmediación de la prueba, “al paso, que haber tenido la defensa técnica que manejar el proceso a distancia no dejó de ser una actividad extremadamente difícil y con ondas repercusiones en la calidad de la defensa”.

Ninguno de los factores que determinan la competencia, añade, señalan que los procesos relacionados con la defraudación de FONCOLPUERTOS deban ser tramitados en Bogotá y, “hoy se sabe además, que a través del Acuerdo PSAA09-6062 del 1° de julio de

2009, el cual por especialidad de materia prima (sic) sobre el acuerdo PSAA10-6691 de marzo 2 de 2010 por el cual a la a quo se irroga competencia, la misma Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso que a partir del 30 de septiembre del mismo año, la competencia para conocer los asuntos relacionados con el tema de FONCOLPUERTOS, se continuará regulando de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal y en este orden se insiste y se recalca que el competente para conocer de este asunto es el juez Barranquilla (sic)".

Luego de transcribir apartes de decisiones de la Corte Constitucional y de esta Sala referentes al principio de juez natural, concluye que con base en lo expuesto se generó una nulidad absoluta, por lo tanto, solicita su decreto "desde el mismo momento en que la fiscalía delegada envía el expediente a los jueces penales del circuito de Bogotá", ordenándose su remisión a los juzgados penales del Circuito de Barranquilla.

Alegato del no recurrente:

En cuanto a esta propuesta comienza por señalar que "aquí no se sabe para dónde va el casacionista si lo que va a tocar es la falta de competencia del fallador de instancia o lo que quiere es atacar la participación en calidad de determinador que se adujo en la sentencia".

En todo caso, indica que el planteamiento del libelista es infundado en tanto la Corte Suprema de Justicia en una oportunidad donde resolvió una colisión de competencia, bajo radicado 33076 de 3 de diciembre de 2009, ya se pronunció sobre el tema, acudiendo al criterio de la llamada competencia a prevención, argumentando que como la conducta se cometió tanto en el lugar donde se defraudó el erario, en dicho evento en la ciudad de Buenaventura, y en el que se llevaron a cabo las conciliaciones, siendo ello en la capital de la república, y si en esta última ciudad se abrió la investigación y se calificó el mérito del sumario, es correcto que la fase del juicio se surta allí mismo.

Por lo anterior, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

Consideraciones de la Corte:

En relación con la causal de nulidad importa nuevamente recordar, en tanto ha sido objeto de reiteración por la Sala, que aun cuando esta propuesta goza de cierta flexibilidad, exige un mínimo de fundamentación para que se tenga por adecuadamente formulada.

De esa forma, se ha recalcado, es preciso que se identifique con claridad el motivo sobre el cual gira la irregularidad advertida, la causal de nulidad que procede como consecuencia de ese defecto, las normas que apoyan la pretensión, la trascendencia que genera, bien en el marco de la estructura del proceso o en el de las garantías fundamentales de quien la invoca, y el momento procesal a partir del cual se debe invalidar la actuación, así como la indicación del funcionario judicial al cual corresponde rehacerla.

Y algo fundamental: también debe aflorar que se justifica acudir a este remedio extremo por cumplirse los principios que orientan la declaratoria de las nulidades consagrados en el artículo 310 del estatuto procesal a saber: taxatividad, instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación, residualidad y acreditación.

Por tanto, sólo en cuanto se verifique que la censura reúne los anteriores condicionamientos se podrá concluir que se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 212 del mismo ordenamiento para entrar a su estudio de fondo.

Pues bien, en lo que concierne a esta censura se observa cómo la propuesta contenida en el reparo carece de trascendencia, dado que la competencia para asumir la causa y proferir el respectivo fallo de primera instancia, indiscutiblemente radicaba en la ciudad de Bogotá y no en Barranquilla, como lo asegura el recurrente.

En efecto, razón asiste al apoderado de la parte civil en representación del Ministerio de Protección Social, cuando advierte que esta Sala ya se ha pronunciado frente a situaciones similares relacionadas con defraudaciones a FONCOLPUERTOS, cuya realización ha tenido lugar en diferentes lugares, por lo que el factor de competencia territorial invocado por el censor resulta insuficiente¹.

Es que, para empezar, dígase que el actor parte de una premisa incorrecta, como es dar por sentado que los hechos tuvieron ocurrencia únicamente en la ciudad de Barranquilla cuando lo que se advierte es que la presente conducta también tuvo desarrollo en la capital de la república, sitio éste en donde se suscribieron actas de conciliación por las reclamaciones ilegítimas de los ex portuarios², se profirieron actos administrativos reconociendo los acuerdos³ e, incluso, también se acudió a algunos instrumentos jurídicos legales encaminados a consumir el ilícito (acciones de tutela, derechos de petición, etc.), por lo tanto, se verifica situación similar a la contemplada previamente por la Sala en asuntos similares, al indicar:

“Si bien es cierto, según lo ya precisado por la Sala, el delito de Peculado por apropiación, es un tipo penal de conducta instantánea y su consumación se produce en el momento que se efectuó la apropiación del bien público, esto es, cuando el agente realiza actos externos de disposición del objeto, pasándolo a su patrimonio personal, momento en el cual pierde su naturaleza de bien público, situación que en principio conllevaría a que de manera pacífica se esbozara el lugar donde se produjo la apropiación del bien público y por ende se definiera competencia por el factor territorial, en el presente caso ello no es posible atendiendo a que la investigación versa es sobre un concurso homogéneo y sucesivo de peculados, que no solamente se consumaron en Barranquilla a través pagos de sentencias laborales, sino también otros ejecutados en Bogotá por medio de pagos a reclamaciones administrativas realizadas directamente ante la gerencia de la entidad”⁴

(subraya fuera de texto).

En tal caso, por tanto, es preciso acudir al denominado factor a prevención, previsto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, ordenamiento por cuya aplicación clama el casacionista, de la siguiente forma:

“Cuando la conducta punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del asunto, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia o donde primero se hubiere avocado la investigación. Si se hubiere iniciado simultáneamente en varios sitios, será competente el funcionario judicial del lugar en el cual fuere aprehendido el imputado y si fueren varios los capturados, el del lugar en que se llevó a cabo la primera aprehensión” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, como el primer criterio señalado en la norma relacionado con el juez competente por la naturaleza del asunto no presta utilidad, impera acudir al segundo, esto es, al del territorio donde se formuló primero la denuncia; es decir, en este caso, indiscutiblemente el de la ciudad de Bogotá, como quiera que la notitia criminis elevada por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, del para ese entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se dirigió al director seccional de fiscalías de Cundinamarca con sede en esta ciudad⁵.

Por consiguiente, ninguna duda surge en el sentido de que asistía competencia a los despachos judiciales de Bogotá que tramitaron el juicio y al que dictó el fallo de primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el reparo se inadmitirá.

3. Tercer cargo. Nulidad, “error in procedendo, violación al debido proceso por falta de motivación de la sentencia”:

Luego de evocar el criterio de esta Sala relacionado con la importancia de motivar las providencias judiciales y en punto de los diversos defectos en que en dicha labor se puede incurrir, afirma que en la sentencia impugnada se advierte “motivación aparente o sofística...hecho éste que se hace evidente en el caso que nos ocupa en la mayoría de sus acápites”.

Así, señala que “ya en el primer momento en el que irrumpe una utilización parasitaria del lenguaje lo encontramos en la primera página de la sentencia en la que la juzgadora manifiesta que la investigación fue adelantada contra mis asistidos ‘por haber reclamado prebendas laborales sin justo título’, apreciación esta sobre la cual la ad quo empieza a apuntalar, sin que esto sea respaldado por elemento material alguno, que mis representados fueron los que reclamaron los pagos de los dineros, eludiendo de esta manera la actuación de los abogados, de quienes se ha dicho en muchos radicados, fueron los verdaderos determinadores de los actos delictivos en los que resultó víctima el Estado”.

En la misma página del referido fallo, indica, también encuentra “una declaración aparentemente sin importancia pero que luego de estudiada toda la sentencia, se logra identificar como foco del cual se proyecta una narración alejada de la realidad”, donde se insiste que los procesados con ayuda de los abogados acudieron ante las autoridades judiciales para obtener el reconocimiento y pago de acreencias que ya les habían sido saldadas con ocasión de la liquidación de su respectivos contratos laborales.

Al respecto, puntualiza que un desprevenido lector “al revisar este párrafo y no tuviera en cuenta que estamos en presencia de un trío de personas iletradas en las que el máximo grado de escolaridad alcanzado fue 5° año de primaria, lo primero que se imagina es estar en frente de unos sagaces personales (sic) que se valieron de abogados únicamente por la necesidad de no ostentar el jus postulandi”, cuando en realidad, agrega, lo que se logra advertir “es que los abogados fueron quienes determinaron a los

jueces y quienes además despojaron a los trabajadores apropiándose de más del 60 % de los dineros a ellos reconocidos por concepto de acreencias laborales”.

En ese orden ideas, observa cómo “la figura de la determinación de la que hablan los funcionarios de primera y segunda instancia (sic), resulta imposible de estructurarse en este caso, toda vez que los sentenciados ni siquiera conocen la ciudad de Bogotá, siendo del caso agregar que la juez nunca conoció a los sentenciados, porque si al menos los hubiera visto, las normas de la experiencia, como lo repetiré más adelante, le hubieran señalado que estos humildes provincianos iletrados jamás hubieran podido determinar a estos ejecutivos”.

En los casos de defraudación a FONCOLPUERTOS, añade, se han sancionado a título de determinadores a los abogados o a “personas que ostentaban con respecto a la empresa en liquidación cierto grado de importancia, que les permitía de una u otra manera, tener contacto directo con los directivos; circunstancia esta propicia para que se diera el espacio en el cual se fraguara ese convenio, orden, consejo o en fin, esa comunicación entre determinador y determinado exigida por la doctrina para que se pueda estructurar la figura de la determinación”.

Además, cuando la misma funcionara advierte más adelante que se está en presencia de una empresa criminal deja de lado a los abogados y jueces, verdaderos protagonistas de los hechos.

Por tanto, añade, la determinación atribuida a sus defendidos está desprovista de sustento probatorio, “lo que estructuraría en casación un error de hecho por falso juicio de existencia planteado eso si (sic) en forma subsidiaria, constituye también desde otra óptica una violación directa de la ley que podría ser planteada en sede extraordinaria en forma principal, por ser una interpretación de la figura de la determinación que se aparta, sin justificación alguna, del precedente vertical diseñado

por la Corte Suprema de Justicia”.

Se refiere a la providencia de febrero 2 de 2009, rad. 29221, donde se habla de las formas de determinación, transcribiendo in extenso apartes de su contenido que, dice, sigue la línea jurisprudencial trazada sobre el tema.

Acto seguido, acota que “si hacemos un estudio detenido de todo el expediente a lo sumo podemos llegar a concluir que mis asistidos prestaron su concurso para inducir en error a los funcionarios encargados de los pagos en Foncolpuertos, mas no que los hayan determinado y es aquí donde estriba el gran error de los funcionarios judiciales, quienes no se percataron que una cosa es la inducción para lograr que una persona realice material y directamente la conducta definida en el tipo penal, y otra totalmente distinta la inducción en error con dicho propósito, pues en este evento no se hace nacer en otro la idea criminal ya que no constituye relación intersubjetiva idónea y eficaz propia de la determinación”.

Luego precisa que gran parte del texto de la providencias se dedica a establecer la materialidad de la conducta, citando leyes y operaciones matemáticas, pero “descuidando argumentaciones conducentes a hablar sobre el tema central del derecho penal como es la conducta de los sentenciados”. Por su parte, en el acápite de la “calidad de determinadores...brilla por su ausencia una explicación sobre los elementos que estructuran la figura del determinador”.

Para finalizar, expone que “es mi obligación moral y legal cerrar la presente sustentación, señalando el presente caso como un ejemplo de lo que necesariamente sucede cuando se viola el principio de inmediación de la prueba, porque lo cierto es que los funcionarios de primera y segunda instancia, a quien el acuerdo No. 6691 de marzo 2 de 2010 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en forma por demás desconsiderada le exige fallar un

proceso diario, nunca vio ni de lejos los sentenciados, pues si hubieran conocido a estos humildes hombres, las reglas de la experiencia le hubieran mostrado que ellos jamás podrían determinar a los altos directivos de FONCOLPUERTOS”.

En consecuencia, solicita la anulación integral del fallo y se remita al Tribunal de Bogotá “para que profiera el fallo conforme a derecho”, por atipicidad de la conducta, pues sus defendidos “no ostentan la calidad de determinadores de ninguna conducta punible”.

Alegato del no recurrente:

A juicio de este sujeto procesal este cargo tampoco está llamado a prosperar, pues si bien es cierto los abogados iniciaron los procesos laborales a nombre de los ex portuarios, estos últimos “también eran concedores que estaban otorgando poder para entablar acciones laborales sin tener derecho, pero su fin era obtener por medio de ellas, un mayor valor de la mesada pensional”.

De esa manera, añade, es evidente la connivencia entre unos y otros, así como de los jueces laborales y funcionarios de FONCOLPUERTOS, “por lo que la capacidad física e intelectual de sus actos estuvo en situación objetiva física, delimitada por la comprensión de llevar a cabo la acción ordenada”.

Consideraciones de la Corte:

De conformidad con el numeral 3° del artículo 212 de la Ley 600 de 2000, la demanda de casación deberá contener “La enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas”. En el numeral subsiguiente, por su parte, exige que “si fueren varios los cargos, se sustentarán en capítulos separados”, no obstante “es permitido formular cargos excluyentes de manera subsidiaria”.

Pues bien, resulta evidente que la censura objeto de examen no satisface los presupuestos de admisibilidad referidos a la necesaria claridad y precisión en su formulación, de los cuales se pueda inferir que contiene una argumentación lógica y coherente.

Ello, fundamentalmente porque no es posible extraer de la propuesta el motivo sobre el cual gira la irregularidad constitutiva de violación del debido proceso que denuncia.

Así, desde el mismo enunciado del reparo la propuesta denota confusión, porque a pesar de anunciar un vicio in procedendo, acto seguido afirma, luego de explayar en torno a los diferentes defectos de motivación que se pueden presentar, que el invocado deriva de “motivación aparente o sofística”.

Como el mismo censor lo expone, basado en reiterados desarrollos jurisprudenciales de la Sala, esta falencia, a diferencia de las otras modalidades (grosso modo: falta de motivación, motivación incompleta y motivación anfibológica), no comporta un yerro in procedendo sino uno in iudicando o de juicio del funcionario, cuya noción se ha venido entendiendo como: “aquella (motivación) que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración”⁶.

Es decir, su desarrollo, cuando se trata de una desacertada evaluación de las pruebas, se asimila al de la violación indirecta de la ley sustancial originada en errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad o raciocinio o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción; es decir, que el actor debe sujetarse a las reglas regentes a su proposición, en tanto su naturaleza es disímil.

A cambio de ello, el actor simplemente presenta su visión personal acerca de cómo han debido valorarse las pruebas, en abierta contraposición con la apreciación de los

juzgadores y, de forma aislada, apenas sí menciona que se desconocieron pautas de la sana crítica, particularmente de la experiencia, al tenerse a sus defendidos como determinadores de las conductas punibles, pero sin identificar las pruebas sobre las cuales recae el yerro valorativo, mínimo presupuesto para demostrar un error de hecho por falso raciocinio.

En otro aparte, aduce de forma genérica que una tal conclusión (la calidad de determinadores de sus prohijados) no tiene respaldo probatorio, ante lo cual insinúa un error de hecho por falso juicio de existencia, sin detenerse, como ocurrió con el anterior, a señalar las pruebas que supuso el juzgador para llegar a la inferencia.

Incluso, asevera que ese mismo juicio de los falladores “constituye también desde otra óptica una violación directa de la ley que podría ser planteada en sede extraordinaria en forma principal, por ser una interpretación de la figura de la determinación que se aparta, sin justificación alguna, del precedente vertical diseñado por la Corte Suprema de Justicia”.

Y a pesar de que, según su advertencia, el tema se habría de abordar en un cargo independiente, acto seguido e in extenso señala el precedente y la línea jurisprudencial en su criterio desconocida, sin reparar que tal propuesta resulta antagónica y excluyente con la originada en errores de apreciación probatoria.

Para sembrar mayor confusión a la censura, en su interior también plantea que ninguna argumentación de los falladores respalda la responsabilidad de sus patrocinados como determinadores de las conductas, con lo cual se aparta del planteamiento principal del reproche en cuanto a que se incurrió en motivación sofística, para incursionar, contradictoriamente, en terrenos del defecto por falta de motivación, cuya naturaleza y efectos, según ya se precisó, son diversos.

Peor aún sucede cuando afirma que se transgredió el principio de inmediación de la

prueba por cuanto los falladores no tuvieron contacto alguno con los sindicatos que les permitiera establecer su incapacidad intelectual y formativa para fungir en este caso como determinadores, propuesta conceptualmente diferente a las anteriores y que ha debido, por consiguiente, también desarrollar por separado, acorde con el ya aludido numeral 4° del artículo 212 de la Ley 600 de 2000.

Sobre este particular, es necesario dejar en claro que el casacionista no es fiel con la realidad cuando señala que en los diversos procesos relacionados con la defraudación a FONCOLPUERTOS sólo se ha condenado como determinadores a los abogados que han representado a los ex trabajadores cuando precisamente se constata lo contrario, esto es, que estos últimos también concurren en tal calidad porque, como bien lo señala el no recurrente, sabían que sus pretensiones eran ilegítimas, no obstante lo cual en connivencia con sus apoderados, jueces y funcionarios de la entidad, se apropiaron indebidamente de los dineros públicos por razón de tales reclamaciones.

La amalgama de aspectos a la que se ha hecho alusión determinó que finalmente no se desarrollara ninguno de los diversos reparos adjudicados al fallo impugnado y que, consecuentemente, se construyera una pretensión totalmente ambigua, en donde se solicita la anulación integral del fallo y su remisión al Tribunal “por atipicidad de la conducta”, última propuesta que no conduce a la invalidez del proceso sino, indefectiblemente, al proferimiento de un fallo de reemplazo de carácter absolutorio.

La forma como se concibió el ataque configura quebranto de principios basilares de la actividad casacional en procura de conseguir demandas que satisfagan las exigencias argumentativas propias de este medio extraordinario de impugnación de naturaleza rogada, tales como los de sustentación suficiente, limitación, crítica vinculante, autonomía de las causales, coherencia, no exclusión y no contradicción.

Los dos primeros principios (sustentación suficiente y limitación),

consecuentes con el carácter dispositivo del recurso, implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo al paso que la Corte no puede entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias.

El de crítica vinculante, por su parte, exige de la censura fundarse en las causales previstas taxativamente y someterse a determinados requisitos de forma y contenido dependiendo del motivo invocado. Y, conforme a los de autonomía, coherencia, no exclusión y no contradicción, sobre los cuales mucho ha insistido la Sala, se proyectan en el sentido de que el discurso debe mantener identidad temática y ajustarse a los requerimientos básicos de la lógica.

Más aún cuando lo que se advierte con mayor fuerza en la censura, como ya se dijo, es la intención de cuestionar la apreciación de los falladores a partir de su particular criterio valorativo, lo cual no sólo atenta contra la naturaleza del recurso, bajo la consideración de que no constituye una tercera instancia, sino que desborda la noción de error, pues el asunto se circunscribe a enfrentar dos puntos de vista sobre un mismo tópico, insuficiente para resquebrajar la doble presunción de acierto y legalidad que gobierna al fallo cuando arriba a esta sede.

Las anteriores incorrecciones son suficientes para inadmitir este cargo, por evidenciar que no goza de la indispensable presentación lógica, amén de carecer, igualmente, de una argumentación coherente que permita su cabal comprensión.

4. Cuarto cargo. Nulidad por violación al debido proceso, falta de motivación:

Para el actor, “los fallos objeto del presente recurso de casación, no explicaron ni desarrollaron el tema del ‘determinador’...”.

Lo anterior porque, anota, para hablar de “determinación”, el artículo 30.1 del Código Penal exige que el “determinado” realice una conducta antijurídica, la cual, a su

vez, debe estar precedida de un comportamiento típico, de ahí que deba aparecer “demostrada, para el caso, mínimo, la tipicidad y la antijuridicidad del peculado y del prevaricato materialmente cometidos por el o por los ‘determinados’...”.

Acto seguido, acota que “frente a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, los juzgadores no explicaron, desarrollaron ni comprobaron el ‘dolo’...” conforme a su definición del artículo 22 ibídem.

Sobre este tema, precisa, el Tribunal “solamente dijo que se desprendía de que (sic) los señores CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDEZ (sic), ELIAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO realizaron maniobras orientadas a ajustar su mesada en cuantía mayor a la permitida, y de que hábilmente (sic) se apropió de bienes del Estado, ‘aprovechando sus calidades personales’, lo que le permitió facilitar su actuar delictivo, unido a sus conocimientos laborales y a su desempeño dentro de la organización sindical”. Por lo tanto, “aunque aparentemente sí se refirió al tema a espacio, una atenta lectura de las partes pertinentes permite concluir que se redujo a repetir y repetir lo mismo”.

El Juzgado, por su parte, añade “...explicó que ante el incremento tan grande de su pensión, Fonseca guardó silencio, fue hermético, y obtuvo un aumento enorme en el valor de su pensión, y que no se atendía su exculpación basada en que fue mal asesorado, porque había trabajado en Foncolpuertos y ocupado cargos que le permitían entender lo que sucedía”.

Consecuentemente, “en las dos sentencias, lo mismo que en el punto anterior - determinación-, se nota el esfuerzo de los juzgados por comprobar el dolo, misión que no logran. Por eso se dedican a repetir lo mismo, de página en página”, pero, agrega, sin cumplir las exigencias doctrinales y jurisprudenciales en esa materia.

Así, puntualiza, frente a la necesidad de certeza, “los señores jueces no señalaron prueba

alguna de su existencia dentro de este proceso. Por ejemplo, ninguna prueba enseña que los señores CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDEZ (sic), ELIAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO tuvieran plena conciencia de que vulneraba (sic) la ley penal; que conociera (sic) los elementos del tipo de peculado por apropiación, es decir, todo lo concerniente a los sujetos, los objetos y la conducta de esas definiciones; que se vinculara psíquicamente con el o los ‘autores materiales’; que hubiera tenido en mente la realización del delito de peculado, a título de determinador y que hubiera dirigido su comportamiento hacia allí, previa inducción, por cualquier vía, de una o varias personas determinadas; y que los ‘autores materiales’, guiados por los señores CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDEZ (sic), ELIAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO, hubieran obrado con el ánimo de cometer el reato de peculado”.

Y en cuanto a lo expuesto por los funcionarios judiciales sobre el dolo “no se acerca, ni mínimamente, a la prueba que se hace menester para condenar”, pues les bastó con reseñar algunas características personales de los implicados, su trayectoria en la empresa y el largo tiempo en que fungieron como miembros del sindicato, “con lo cual entronizaron el ‘derecho penal del autor’ dejando de lado el ‘de hecho’...”.

Luego, recuerda cómo al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el fallo de primera instancia planteó algunos puntos relacionados con el análisis de la prueba existente en el plenario, concretamente en derredor de “la postura de la Procuraduría en su informe ejecutivo cuando intervino al GIT; lo relacionado con la consulta de las decisiones laborales luego de 10 años de emitidas y que fueron revocadas por requisitos de forma, tal la falta de depósito o autenticación de la convención colectiva de trabajo de 1991 - 93; y la inexistencia de consulta para la época de los reconocimientos pensionales”, a pesar de lo cual no fueron resueltos adecuadamente por el Tribunal.

Y en cuanto a la eventual consideración de que “el Ad quem, tácitamente, ratificó todos aquellos aspectos que explicara el A quo, toda vez que, como es obvio, la sentencia es una, conformada, en casos como éste, por las decisiones de primera y segunda instancia”, replica que “en primer lugar, el Tribunal no ratificó punto por punto el fallo apelado; en segundo lugar, aun cuando dijo que estudiaría aquello que había sido objeto de impugnación, se quedó bien corto, como se acaba de indicar, pues no respondió a la defensa; en tercer lugar, el A quo, en esencia, tampoco contestó los planteamientos defensivos. Basta leer su providencia”.

Por razón de lo expuesto, estima, se debe declarar la nulidad del fallo impugnado y retornar el expediente al ad quem “para que se pronuncie conforme a derecho, con el fin de facilitar, mañana, la posibilidad de interposición de recursos”.

Ello, en tanto se vulneró “el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, los artículos 13.2 y 170 del Código de Procedimiento Penal”.

Alegato del no recurrente:

Empieza por aducir que la propuesta carece de un norte, “porque no expone en forma coherente su argumento acerca de la violación alegada sobre el debido proceso que verse sobre los elementos estructurales del delito, quedándose sólo en la enunciación para desviar su argumento hacia lo que tiene que ver con su inconformidad por la supuesta falta de motivación del fallo alegada”.

En relación con el pretextado factor de nulidad, evoca el criterio de esta Sala, en cuanto a que el funcionario judicial en la confección de sus providencias no está obligado a implementar un esquema determinado, pues lo esencial es que se presenten en forma clara y precisa las razones que las sustentan.

Y sobre la responsabilidad de los implicados como determinadores, indica que ello aparece ampliamente demostrado en el proceso “en tanto los procesos laborales que propusieron a través de apoderado era ciertamente un sofisma de adelantamiento de un juicio que materialmente era una descarada connivencia de exportuarios abogados (sic), directivos y jueces laborales, que sabían que ningún derecho les asistía de reclamar factores salariales, pero aún así lo hicieron para poder hacerse a los dineros del Estado sin ningún pudor”.

De esa manera, expresa: “el argumento del recurrente no logra ser afín al propósito de la censura, reduciendo su crítica sobre la figura del determinador, sin aceptar el material probático suficientemente apreciado en uno y otro fallo, acusándolos sin ningún soporte argumentativo”.

Además, afirma, los procesados fueron conscientes de su obrar ilícito, apropiándose en forma dolosa de los recursos del Estado para incrementar su pensión y obtener ganancias indebidas por mora, encontrándose plenamente establecidos “los elementos esenciales que integran el dolo, el intelectual y volitivo fueron nítidamente deducidos en los fallos de instancia al quedar descubierto el conocimiento que tenían acerca de la ilegalidad de su reclamos y que finalmente percibieron el provecho buscado con su actuar”.

En virtud de lo expuesto, concluye que el cargo no debe prosperar.

Consideraciones de la Corte:

Como lo recuerda el casacionista y ya se refirió en la respuesta al cargo anterior, en punto de los defectos de motivación que puedan evidenciar las decisiones judiciales, ha sido profusa la jurisprudencia de la Corte al identificar los siguientes yerros:

(i) Ausencia absoluta de motivación, (ii) motivación incompleta o deficiente, (iii) motivación ambivalente o dilógica y (iv) motivación falsa. También ha dicho, de manera reiterada, que las tres primeras constituyen errores in procedendo y la última, como igual ya se dijo en la respuesta al anterior reproche, uno in iudicando.

En la primera modalidad, el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; en la segunda, omite analizar alguno de los aspectos señalados o los motivos aducidos son precarios; en la tercera, las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación adoptada en la resolutive; y, en la cuarta, la motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad demostrada en el proceso.

El actor aduce que el fallo impugnado está incurso en la primera de las modalidades vistas, pero al confrontar su argumentación con el contenido material de las decisiones se observa cómo no se atiene a lo allí consignado, situación que resulta desconocedora del principio de corrección material, regente en sede de casación, según el cual los fundamentos de la censura deben ajustarse a la realidad procesal. Sobre cada uno de los aspectos en los que se apoya la censura, se expresará lo pertinente.

De acuerdo con el planteamiento del censor, la falta de motivación se evidenció frente a los siguientes tópicos: (i) tipicidad y antijuridicidad de la conducta endilgada, (ii) determinación, (iii) dolo y (iv) el ad quem no se ocupó de los puntos planteados por la defensa al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado.

Sin embargo, el contenido de las sentencias contrasta con la afirmación del demandante.

En efecto, sobre la tipicidad y antijuridicidad el despliegue es vasto; incluso, en las

dos providencias se parte de conceptos generales y luego se efectúa un análisis personalizado respecto de la materialización de cada una de las conductas imputadas, refiriéndose a todos los actos constitutivos de imputación y a la prueba que acredita su configuración.

Igual ocurre con el dolo. Los juzgadores explayaron sobre los elementos de juicio a partir de los cuales se establece que las conductas se realizaron dolosamente. Así, por ejemplo, el a quo expuso con amplitud las razones que lo llevaron a esa conclusión, de la siguiente forma:

“Ahora bien, en el caso que aquí nos ocupa surge como un imperativo la consideración en torno al juicio de reproche que ha de hacerse en contra de los encausados, por cuanto observamos que estos actuaron DOLOSAMENTE con la finalidad de apoderarse de los preciados recursos de la nación; esta necesidad de censura, emana directamente de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en el proceso y que demuestran fehacientemente la amplia trayectoria laboral de los encausados quienes en desarrollo de su actividad laboral se afiliaron a sendos sindicatos en donde sin lugar a dudas tuvieron la oportunidad de participar activamente en la formación de la política laboral de la empresa Puertos de Colombia, y obviamente perseguir algunos beneficios generales para todos los afiliados a dicha asociación, situación que indudablemente debió ser conocida por todos los aquí involucrados porque cada uno de ellos estuvo vinculado a esta clase de agremiaciones, lo que nos permite aseverar que los señores ELIAS MANUEL PEREZ SERPA, ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO, y CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDEZ (sic), desde cuando estuvieron vinculados con la extinta empresa Puertos de Colombia, conocieron con detalles cuales (sic) eran sus derechos como trabajadores, como (sic) debían ser cancelados los mismos, qué beneficios adicionales tenían respecto del grueso de trabajadores, que (sic) cuantías debían recibir por cada concepto, etc., igualmente sabían de antemano que al finalizar la relación laboral entre ellos y su empleador se produjo oportunamente la

liquidación definitiva y el reconocimiento de los derechos pensionales, respecto de los cuales se había procedido al pago, pero no obstante ese reconocimiento de derechos los aquí enjuiciados individualmente y en forma reiterada, por conducto de sus respectivos apoderados adelantaron acciones encaminadas a obtener la reliquidación de las mesadas pensionales, logrando así inicialmente algunos incrementos de las mismas y consecuentemente el reconocimiento de las diferencias. Trámite, liquidación y pago que de conformidad con el informe elaborado por el GIT, se pudo establecer que en el caso de los tres procesados a cada uno de ellos les fue cancelado determinado valor por encima de la suma que realmente correspondía a sus mesadas pensionales.

A pesar de haber alcanzado tales reconocimientos por parte de la empresa no cesaron en las reclamaciones y a ello procedieron no solamente por una vía -llámese judicial, administrativa, o la acción de tutela- en la búsqueda de nuevos reconocimientos, que ya habían alcanzado previamente sino que esas pretensiones masivas fueron sustentadas en documentos falsos, inexistentes, o abiertamente ilegales, pero que con base en ellos algunas autoridades fallaron a favor de los petentes y con esas decisiones alcanzaron la expedición de mandamientos ejecutivos y consecuentemente resoluciones de pago como también los desembolsos de los pretendidos emolumentos a los que no tenían derecho; línea argumentativa que funge lógica si revisamos que durante los años laborados en la empresa, ninguno de los implicados realizó reclamación alguna respecto a las necesarias liquidaciones que con ocasión del servicio desempeñado se generaron, por el contrario fue solo hasta cuando se conformó el Fondo para la administración del pasivo pensional, que los procesados precavidos del desorden administrativo que allí reinaba, signado por la corrupción de algunos de sus funcionarios, emprendieron la inusitada avalancha de pretensiones con el ánimo de obtener un lucro indebido a costa de las arcas del país.

Para ahondar en argumentos reiteremos que los procesados conocían a ciencia cierta que las acreencias laborales que se pagaron en su favor no se correspondían con su anterior

estatus de operarios, y sin embargo en varias ocasiones como se observa en el paginario a sabiendas de esa ilicitud, de los ya cancelados derechos, etc., iniciaban nuevas peticiones, para ver que más recursos podían alcanzar, con en (sic) efecto lo lograron no una sino varias veces, en que fueron favorecidos con decisiones emanadas en contravía de la legalidad, configurándose en consecuencia un verdadero concurso homogéneo y sucesivo de hechos punibles que dieron lugar a la afectación del peculio del Estado.

Ahora bien, de acuerdo con las argumentaciones presentadas por el togado de la defensa, cuando menciona que si bien la conducta punible en este evento puede ser predicable de los aquí enjuiciados no ocurre igual con la responsabilidad en la medida que ellos no obraron directamente en contra del Estado y que si bien es cierto otorgaron poder, lo hicieron dentro de un margen de ignorancia porque fueron los abogados quienes les indujeron a la emisión del mandato so pretexto de alcanzar algunas sumas producto de una adecuada liquidación de la pensión que les había sido reconocida, y sus prohijados como es apenas lógico admitieron la propuesta porque desde luego les iba a representar un beneficio, como contraprestación del servicio que se obtuviera, pero insiste la defensa en ellos no nació la idea de defraudación y mucho menos de actuar en contra de la Ley.

Nótese que el argumento de la defensa, muestra a los procesados como meros poderdantes, que dispusieron de su voluntad para otorgar mandato a una serie de abogados que, aprovechándose de la escasa formación de sus clientes, utilizaron su nombre para desfalcarse el patrimonio de la nación.

Esta afirmación de la defensa empieza a perder contundencia, si tomamos en cuenta, que cada uno de los aquí sentenciados como referíamos, participó activamente en el proceso que terminó con la condena a la empresa y de contera a la nación a que tantas veces hemos referido, actividad que se muestra a través no solo de la suscripción

de un poder para actuar en sus nombres, sino el aporte de pruebas e información necesaria para acceder a las reclamaciones, estuvieron atentos al desarrollo de las diversas actividades emprendidas por sus apoderados y a pesar de haber otorgado un mandato inicial, en forma indiscriminada otorgaron a varios profesionales los poderes para elevar nuevas demandas sobre los mismos conceptos a sabiendas que ya se habían iniciado tales acciones es más (sic) conociendo cuales (sic) eran sus derechos y que bienes recibían con ocasión de sus cargos dieron poder para reclamar como factor salarial lo relacionado con zapatos y uniformes, en otros casos petitionaron el reconocimiento de primas sobre primas, etc. lo que permite afirmar sin margen de error que ellos conocían plenamente la situación laboral en la que se encontraba después del reconocimiento de sus correspondientes pensiones, como también fueron conscientes de los fallos proferidos por la justicia ordinaria que ordenaba las reliquidaciones o reconocimiento de derechos que no estaban previstos en la ley ni en la convención.

El hecho de haber adelantado reclamaciones y reliquidaciones y con ellas los reconocimiento y pagos de elevadas sumas, les dejaba conocer a los procesados que ya sus derechos habían sido definidos, sin embargo a sabiendas de ello, insistieron de nuevo en elevar solicitudes, demandas y acciones encaminadas a obtener mayores prebendas a su favor, cuyos resultados desencadenaron en afectación patrimonial del Estado y sin duda con esta clase de proceder cada uno de ellos sabía que su responsabilidad frente al desfaldo que sufría el Estado estaba comprometida y a pesar de ello no escatimaron en eludir los cobros.

Frente a hechos de tan notoria gravedad y bajeza considera el Despacho que los planteamiento defensivos propuestos frente al caso que nos ocupa, no pueden ser admisibles, porque si lo que pretende es mostrar a los señores ELIAS MANUEL PEREZ SERPA, ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO, y CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDEZ (sic) como personas totalmente ajenas al desfaldo sufrido por la nación, ello no resulta serio y mucho menos creíble, porque independientemente de su nivel cultural

o académico estas personas eran absolutamente conscientes de que sus derechos como trabajadores de las respectivas categorías ya les habían sido reconocidos y antes de elevar nuevas reclamaciones y demandas contra el Estado, debieron ajustar (sic) sus pretensiones a la legalidad, pero como ya se ha enunciado reiteradamente, obraron contrariando el orden jurídico con el único objeto de incrementar de modo injustificado su patrimonio, toda vez que el monto de sus mesadas pensionales se incrementó, sin que tales aumentos tuvieran una explicación razonable y mucho menos soporte cierto y creíble, aunado al hecho de que tales prebendas en algunos casos eran superiores a los salarios que percibían ordinariamente, por razón de los cargos que éstos tenían, se quiere decir con esto, que personas con la experiencia de los aquí implicados fácilmente pudieron intuir, que esos incrementos de las mesadas pensionales, en cada caso, no correspondían a los porcentajes legales y mucho menos los reiterados pagos sobre los mismos conceptos, porque esta clase de situaciones son fácilmente perceptibles por el común de los trabajadores rasos de nuestra sociedad y los aquí procesados por razón de la vinculación sindical que tenían con mayor razón sabían cuales los derechos que podían reclamar.

En ese orden ideas resulta razonable pensar con arreglo a la lógica del sentido común, que el comportamiento de los convocados a juicio, al suscribir varios poderes a distintos abogados y permitir que estos adelantaran todas las acciones posibles para reclamar unos derechos que no tenían, o que en la mayoría de los casos ya se habían reconocido y pagado, son aspectos que claramente permiten verificar una actitud dolosa encaminada a enriquecer injustificadamente su patrimonio con el consecuente detrimento del patrimonio de la nación (sic)”⁷ (subrayas fuera de texto).

El ad quem, por su parte, con similar amplitud, señaló:

“Ahora, no por ser los procesados, personas con escasa formación académica, -no iletrados como asevera la defensa-, ha de afirmarse que no sabían qué derechos

tenían como trabajadores, pues además de la amplia trayectoria en esa empresa, el que menos tiempo laboró en ella fue OSPINO LASCARRO, -13 años-, todos estaban a su retiro afiliados al sindicato de la misma, que se sabe para la época, ejercía gran influencia al punto que consiguieron ventajas laborales solamente alcanzadas por otros pocos igualmente pertenecientes a empresas estatales; por el contrario, es dable predicar que eran plenamente conocedores, sino de la norma laboral, sí de las Convenciones Colectivas que los regía, lo que les permitía, saber que las reclamaciones que efectuaron a través de tantos abogados eran ilegales, de lo contrario, no habrían fraccionado sus pretensiones, como lo hicieron, desde luego con el ánimo de obtener no solamente el reajuste de sus mesadas pensionales, por reconocimientos que no tenían soporte legal ni convencional, sino la liquidación de salarios moratorios por sumas exorbitantes.

Es innegable que el rol que cumplieron los ex portuarios en la operación delictiva fue trascendental, toda vez que otorgaron los mandatos y suministraron la información necesaria sobre su situación laboral, gestión obligatoria para poder realizar las reclamaciones administrativas ante la empresa, presentar las demandas laborales y exigir el pago ante “Foncolpuertos” así como para que se profirieran los actos administrativos que aquí se cuestionan, sin lo cual no hubiese sido posible consumir los ilícitos.

Obsérvese como ALFREDO ANTONIO OSPINO LASCARRO aceptó haber otorgado poder a por lo menos seis profesionales del derecho, algunos de los cuales, admitió, le pagaron varios millones de pesos; CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDES, hizo referencia de los que se acordaba, a cinco abogados que lo representaron en sus reclamaciones, mientras que ELÍAS SAMUEL PÉREZ SERPA mencionó seis, lo cual no puede traducir sino que, se itera, entre ex trabajadores y abogados unieron esfuerzos para conformar esa empresa criminal, que reconoce la defensa existió, para apropiarse del patrimonio público.

Conforme con lo expuesto, se concluye que el comportamiento de los procesados ex portuarios al realizar las diferentes reclamaciones estaba precedido de dolo, como acertadamente lo concluyó la a quo, en tanto sabían, previo a otorgar poder a los abogados que los representaron, que la empresa “Puertos de Colombia” había liquidado y cancelado sus salarios y prestaciones sociales, así como la correspondiente pensión de jubilación oportunamente y en legal forma; no obstante, resolvieron realizar las referidas exigencias sin sustento legal ni convencional por conceptos y derechos inexistentes, cancelados o ya prescritos, alegando error en la liquidación, encaminado a obtener el reconocimiento ilegítimo en repetidas oportunidades de diferencias de sueldos, reliquidación de prestaciones sociales y el reajuste de la pensión de jubilación con las consecuentes diferencias, además de la aplicación indebida de la sanción moratoria a la empresa.

Así, otorgaron sendos poderes a efectos de realizar reclamaciones laborales indebidas, en algunos casos por iguales conceptos, sin advertir a la empresa o a los jueces laborales, de los pagos recibidos con antelación, que generaba, como ya se dijo, la reliquidación de las prestaciones sociales, el reajuste ilegítimo del monto de la pensión y el reconocimiento de cuantiosas indemnizaciones moratorias...”⁸ (subrayas fuera de texto).

Otro tema que fue tratado prolijamente en las decisiones fue el de la responsabilidad de los sindicatos como determinadores al encontrarse que entre los perpetradores de la conducta hubo un convenio para su realización, siendo ésta una de las modalidades bajo las cuales se presenta la figura, amén de haber sido conscientes de que las pretensiones reclamadas eran ilegales. De este tema, además, se ocupó ampliamente el sentenciador de segunda instancia cuando quiera que el mismo defensor que aquí funge como casacionista lo planteó casi idénticamente para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del inferior.

Pero riñe mayormente con la realidad procesal sostener que el Tribunal no se ocupó de

los temas formulados en el recurso de apelación, dado que dicha impugnación, promovida, se insiste, por quien también aquí activó el recurso de casación, versó exclusivamente sobre dos aspectos: en primer lugar, falta de competencia por el factor territorial del juez de conocimiento y, en segundo orden, precisamente por falta de motivación en relación con la figura de la determinación, en términos casi iguales, dicho sea de paso, a los cargos homólogos de esta demanda⁹.

De manera pues que el actor falta a la verdad cuando, en el desarrollo del cargo, destaca que el ad quem no se ocupó de los siguientes puntos también planteados en la impugnación con respecto a “la postura de la Procuraduría en su informe ejecutivo cuando intervino al GIT; lo relacionado con la consulta de las decisiones laborales luego de 10 años de emitidas y que fueron revocadas por requisitos de forma, tal la falta de depósito o autenticación de la convención colectiva de trabajo de 1991-93; y la inexistencia de consulta para la época de los reconocimientos pensionales”.

Lo anterior permite colegir que el reclamo del actor contenido en esta censura no deja de ser más que una afirmación carente de sustento y que el supuesto vicio de motivación atribuido se verifica única y exclusivamente porque no se motivó de acuerdo con su criterio subjetivo, como incluso así dimana de algunas afirmaciones de la censura, al señalar, por ejemplo, en relación con la ausencia de motivación frente al dolo que “aunque aparentemente sí se refirió al tema a espacio, una atenta lectura de las partes pertinentes permite concluir que se redujo a repetir y repetir lo mismo” o cuando indicó que “en las dos sentencias, lo mismo que en el punto anterior - determinación-, se nota el esfuerzo de los juzgados por comprobar el dolo, misión que no logran. Por eso se dedican a repetir lo mismo, de página en página”.

Pero, en general, en cuanto lo que aflora del contenido de la censura es el propósito de rebatir los sólidos argumentos expuestos por los falladores para sustentar las temáticas mencionadas.

Tal actitud no se allana a la causal de nulidad alegada, ni a la técnica y naturaleza del medio extraordinario de impugnación, toda vez que, como atrás se reseñó, no contempla como uno de sus presupuestos debatir a partir de la postura personal del demandante, orientación ésta despojada de la entidad de desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo y desconocedora de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, incompatible con una tercera instancia de discusión.

Como ninguno, entonces, de los presupuestos sobre los cuales se sustenta este reparo se sujeta a la realidad, se procederá a decretar su inadmisión.

En conclusión, la Sala admitirá únicamente el primer cargo de la demanda presentada por el defensor conjunto de los procesados CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS, ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO e inadmitirá los restantes del libelo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. ADMITIR el primer cargo de la demanda de casación presentada por el defensor conjunto de los procesados CARLOS AURELIO BRICEÑO VALDÉS, ELÍAS MANUEL PÉREZ SERPA y ALFREDO ANTONIO OSPINO LAZCARRO, como se dejó precisado en la parte considerativa de esta providencia.

1. INADMITIR los restantes cargos del libelo presentado por el mismo profesional, por las razones consignadas en la anterior motivación.

En consecuencia, se ordena remitir la actuación a la Procuraduría Delegada para que emita concepto en relación con el cargo admitido, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Contra este proveído no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
MUÑOZ

Permiso

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Comisión de servicio

JULIO E. SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 De esa forma, además del auto citado por el no recurrente de diciembre 3 de 2009, rad. 33076, pueden consultarse entre otros, los siguientes: junio 8, rad. 34233; agosto 17, rad. 34753 y noviembre 4, rad. 35066, del año 2010 y enero 26, rad. 35679; febrero 16, rad. 35789; marzo 2, rad. 35577 y junio 15, rad. 36714 de 2011.

2 Así se puede constatar a partir del folio 2 del c.o. 1 de la actuación.

3 Entre otras, Resoluciones 2133 de 9 de octubre de 1995, a partir del fol. 42 ibídem; 2574 del 26 de diciembre del mismo año, a partir del fol. 64 ib. y 2668 del 29 de diciembre también del mismo año, a partir del fol. 74 íb., emanadas del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia.

4 Auto de junio 8 de 2010, rad. 34233.

5 Fol. 1 del c.o.

6Cfr., entre otras, sentencia del 7 de febrero de 2007, rad. 23331.

7 A partir de la pág. 27 del fallo de primer grado.

8 Págs. 33, 34 de la sentencia de segunda instancia.

9 Así se puede constatar tras consultar el texto de la impugnación, específicamente, a partir del folio 101 del c.o. No. 7 de la actuación.