

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.51

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, el 12 de diciembre de 2011, mediante la cual lo condenó, en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura-Valle del Cauca, como autor del concurso delictual de peculado por apropiación a favor de terceros.

HECHOS

Fueron sintetizados en el fallo de instancia así:

“Entre los años 1993 y 1995, el doctor HAROLD GAMBOA VELÁZQUEZ, obrando como Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, emitió entre muchos otros fallos de análoga naturaleza (05) sentencias dentro de procesos ordinarios laborales condenando al Fondo de Pasivo Social de la empresa Puertos de Colombia – FONCOLPUERTOS-en liquidación, al pago de diferentes sumas de dinero, a favor de ex trabajadores, de

dicha empresa, decisión cuya legalidad se empezó a cuestionar por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, al surtir el grado jurisdiccional de consulta dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, al considerar que contrariaban manifiestamente la ley, y que tras ellas se había agazapado el interés de favorecer pecuniariamente a terceros, en detrimento de la ya fenecida empresa estatal.

“Tales decisiones pueden detallarse así:

“1. Sentencia del 16 de febrero de 1993, por la cual se condenó a la empresa a pagar del demandante Francisco Tejero Rodríguez en su condición de ex trabajador, reajuste a la pensión reconocida por Resolución 899 del 2 de julio de 1979, fijándosela en \$24.257,40 mensuales, más \$2.573.663,66 por la diferencia de la pensión reajustada desde el 24 de julio de 1989, liquidando el pago de agencias en derecho en cuantía de \$730.644,00.

“Así mismo, mediante auto del 18 de mayo de 1993, ante solicitud de la apoderada de la parte actora, el entonces Juez dispuso la entrega de los mencionados dineros, lo cual se concretó en la orden dada mediante Oficio N° 703 de mayo 18 de 1993, dando lugar a una erogación por Foncolpuertos de \$ 3.294.307, 66.

“2. Sentencia del 10 de marzo de 1994, por la cual condenó a la Empresa a pagar a favor del demandante Manuel Santos Estupiñán, reajuste a la pensión de jubilación que la misma le reconoció mediante Resolución No. 034269 del 13 de septiembre de 1992, quedándole en \$14.551,69 y ordenó cancelarle la suma de \$2.024,557.76 por concepto de la diferencia de la pensión reajustada.

“Así mismo, mediante proveído del 22 de marzo de 1994 ordenó liquidar la suma de \$ 577.004, oo por concepto de costas, y mediante auto del 13 de julio de 1994 dispuso la entrega de los dineros, lo cual, se cristalizó por Oficio N° 968 del 13 de julio de 1994, que dispuso la entrega de \$ 3.382.055.76.

“3. Sentencia del 27 de noviembre de 1995, por la cual condenó a la empresa, a pagar a favor del demandante Roberto Rivas Valencia, la suma de \$615.476,96 por concepto de reliquidación de cesantías; y la suma de \$10 433.592.43 por concepto de indemnización por despido injusto.

“Así mismo ordenó el pago de \$14.427.991,43 por indemnización moratoria, más \$ 18.521.17 diarios, desde el día siguiente al fallo, hasta que se verifique el pago total de dicha indemnización.

“Por auto del 4 de diciembre de 1995 ordenó liquidación de agencias en derecho por la suma de \$ 7.687.969,00.

“El pago de los valores anteriormente referidos fue ordenado mediante Oficio N 184 del 9 de abril de 1996 dirigido al Gerente del Banco Popular —Sucursal Buenaventura—, sumando un monto de \$35. 146.395,01 que efectivamente fue pagado.

“4. Sentencia del 8 de agosto de 1995, por medio de la cual condenó a la empresa a pagar a favor de demandante Marciano Riascos Riascos la suma de \$115.598,19, por concepto de reliquidación de cesantía definitiva, y la suma de \$ 28.491.918,00 como indemnización moratoria desde el 28 de agosto de 1993 a la fecha de la providencia, más \$ 40.702,74 diarios desde el día siguiente del fallo hasta que se verificara el pago de la referida suma. Así mismo, fijó agencias en derecho a favor del demandante por \$ 8.667.730, 00.

“Estos pagos se concretaron mediante Oficio N° 073 del 2 de abril de 1997, por lo cual ordenó al Gerente del Banco Popular —Sucursal Buenaventura—, pagar el título judicial consignado por Foncolpuertos a favor del actor, por la suma de \$44.388.444,18.

“5. Sentencia del 28 de septiembre de 1994, por la cual condenó a la Empresa a pagar al demandante César Tulio Caicedo Gamboa, reajuste a la pensión reconocida mediante

Resolución 139100 del 10 de mayo de 1977, quedándole en \$91.347,45 mensuales; más el reconocimiento de \$ 3.318. 267, 53 por concepto de la diferencia de la pensión reajustada.

“Así mismo, fijo agencias en derecho en \$663.653, oo a favor del demandante.

“Cabe anotar que dicho pago de concretó mediante Oficio N° 088 del 4 de abril de 1995, por valor de \$3. 981.920,53”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de octubre de 2005, la Fiscalía Veinte Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá con base en informe proveniente del CTI y al allegamiento de diversa evidencia documental, dispuso la apertura de investigación preliminar.

El 14 de marzo de 2007, la Fiscalía Treinta y Ocho Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, ordenó la apertura de instrucción contra el indiciado HAROLD GAMBOA VELÁZQUEZ, por los presuntos delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo con peculado por apropiación, en razón de la orden impartida al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación FONCOLPUERTOS de pagar la suma de \$ 27.560.033,95 en el caso de la referencia, al parecer contrariando normas vigentes y omitiendo la consulta de la misma sentencia.

El 23 de abril de 2007 fue declarado persona ausente, al tiempo que se declaró la conexidad procesal con otras investigaciones adelantadas contra el referido indiciado.

El 17 de septiembre de 2007, le fue resuelta la situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como probable coautor material del concurso de conductas punibles de peculado por

apropiación a favor de terceros, precluyendo la investigación por los delitos de prevaricato por acción ante la prescripción de la acción penal.¹

El 28 de septiembre de 2007 fue calificado el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado por el referido concurso delictual.²

El 31 de enero de 2008 la Sala Penal de Tribunal Superior de Buga avocó conocimiento del asunto y dio aplicación al contenido del artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

El 5 de noviembre de 2008 se realizó la audiencia preparatoria³ y la audiencia pública se llevó a cabo en diversas sesiones, culminándose el 3 de marzo de 2011.⁴

EL FALLO DE INSTANCIA

Luego de referirse a los hechos materia de juzgamiento, la actuación procesal cumplida, los cargos contenidos en la resolución de acusación, sintetizar las intervenciones de las partes en la audiencia de juzgamiento y reseñar el acervo probatorio, el a quo adoptó las siguientes determinaciones:

Negó la solicitud de cesación de procedimiento impetrada al precisar que la preclusión de la investigación por el delito de prevaricato por acción tuvo como fundamento la prescripción de la acción penal, y no en la inexistencia de la conducta o atipicidad de la misma.

A continuación examinó los casos donde fungieron como demandantes FRANCISCO TEJERO RODRÍGUEZ, MANUEL SANTOS ESTUPIÑAN y CÉSAR TULIO CAICEDO GAMBOA los cuales ante el monto de la cuantía y la atenuante contenida en el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 —Estatuto Anticorrupción—, se configuraba el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

Luego se adentró en el examen de los restantes procesos laborales respecto de ROBERTO RIVAS VALENCIA y MARCIANO RIASCOS RIASCOS teniendo en cuenta las descripciones normativas contenidas en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, para sostener que el procesado, como titular del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura en ejercicio de sus funciones (entre el 31 de mayo de 1991 hasta el 20 de abril de 1998), emitió las sentencias condenando al Fondo de Liquidación del Pasivo Social de la empresa Puertos de Colombia – FONCOLPUERTOS.

Enfatizó que el interés jurídico de dicho tipo penal lo constituye la protección y conservación del patrimonio económico estatal, así como la probidad, fidelidad y desempeño de la función pública en aras de que el servidor público ejerza con rectitud sus labores de custodia, administración y tenencia de los bienes que se le hayan confiado por razón de sus funciones.

Se detuvo en el caso concreto del ex trabajador ROBERTO RIVAS VALENCIA indicando cómo el enjuiciado condenó a la citada empresa a pagar la suma de \$ 35.146.595,01, erogación ordenada a través del respectivo oficio (del 9 de abril de 1996), y debitada de la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular (sucursal Buenaventura), la que excedía el monto de los 200 salarios mínimos de aquella época.

Recordó que dicha sentencia fue revocada por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en razón a que el inculcado concedió una indemnización al trabajador por despido injusto e impuso el pago de la pensión sanción, no obstante haber culminado la relación laboral por supresión del cargo; amén de no haber aclarado el actor la causa petendi.

Concerniente al ex trabajador MARCIANO RIASCOS RIASCOS, expuso las incidencias ante el pago de \$44.388.444,18 por concepto de reliquidación de cesantías, indemnización moratoria, pensión sanción y agencias en derecho, sumas aludidas en el acápite

pertinente, para concluir que:

“...el entonces Juez GAMBOA se convirtió prácticamente en un estampillador de las genéricas o vagas peticiones del demandante, como si en su rol de dispensador de justicia no tuviera que ir más lejos al momento de diferir derechos, con base en las adecuadas exigencias probatorias; de ahí que deba otorgarse la razón al vocero del ente acusador, cuando plantea que resultaba imposible que el Juez reconociera factores salariales sin tener configurada la causa petendi”.

En relación con el grado jurisdiccional de consulta en sede laboral, al sopesar en conjunto lo concerniente a que en diversos procesos la misma se omitió, sostuvo cómo ello reveló un claro interés que el superior funcional conociera de la misma y así de esta forma lograr que afectara el peculio del Estado, lo que aconteció en muchos otros procesos entre los años 1992 y 1996.

Respondió cada una las exposiciones argumentativas provenientes del hoy acusado precisando que no resulta dable argüir la autonomía y la independencia judicial: “cuando se trata de hacer prevalecer el capricho o la arbitrariedad, como lo evidencian en el caso de los procesos fallados por el ex juez GAMBOA VELÁZQUEZ, que claramente se puso al margen de la ley para servir a intereses particulares, por lo menos en lo que concierne en los dos procesos por los cuales esta vez deberá ser nuevamente destinatario de condena”.

De la misma forma advirtió en la conducta del procesado un propósito deliberado de dilapidar el peculio público a través de la emisión de los fallos respectivos y ulterior orden de pago de las sumas de dinero contenidas en los mismos para concluir que se cumplieran los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para la emisión de sentencia condenatoria.

En el campo de dosimetría penal, aplicó el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 (peculado

por apropiación), realizó los cálculos aritméticos pertinentes, tasó una inicial pena de 72 meses de prisión, por razón del concurso homogéneo y sucesivo aumentó en 4 meses, imponiendo una pena definitiva de 76 meses de prisión y la acompañante de la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, así como una multa de \$79.534.839,19, negando la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Los perjuicios materiales los fijó en la suma de \$ 79.534.839,19 a favor del Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación —FONCOLPUERTOS—.

LA IMPUGNACIÓN

1. De la consulta

El procesado sostuvo que no procedía agotar el grado jurisdiccional de consulta y, por ende, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, aunque tenía competencia funcional carecía del factor territorial para conocer de los procesos laborales en segunda instancia así lo haya decidido la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Por esa razón estimó que los fallos laborales del Ad quem están viciados de nulidad y por ende no podían ser valorados ni usados en el proceso penal.

2. Análisis probatorio

Este acápite lo dedicó a revivir el debate probatorio suscitado en la segunda instancia en la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá con citas jurisprudenciales los cuales desde su particular óptica guardan relación con el caso.

Así, en relación con el fallo que favoreció a ROBERTO RIVAS VALENCIA sostuvo que la

indemnización de perjuicios a que fue condenada la empresa, sí resultaba compatible con la pensión ya reconocida, siendo procedente la moratoria, acorde con el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Respecto de MARCIANO RIASCOS RIASCOS expuso que de aceptarse la tesis de la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y del fallador de instancia, ello se traduciría en la “regla general errada” consistente en cualquier empleador “puede descontar a su arbitrio días laborados y que por lo tanto no prosperaría el reclamo por parte del empleado ante la imposibilidad de la prueba”.

3. De la atipicidad de las conductas

Indicó que las sentencias laborales dictadas por él fueron conforme a las pruebas y a la aplicación de la ley, Convenios y precedentes jurisprudenciales. Que el delito de peculado no se estructura únicamente porque la sentencia laboral de primera instancia haya sido revocada por el superior, amén de que los jueces laborales no adoptan decisiones respecto de bienes oficiales, como se dijo en la sentencia que lo condenó.

De otro lado, adujo que al haber sido condenado por el delito de enriquecimiento ilícito y no existir prueba demostrativa de la conexión con otro delito contra la administración pública como es el peculado, se violó el principio non bis in ídem.

Consecuentemente, impetró la revocatoria del fallo impugnado para que en su lugar sea absuelto de los cargos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conocer del recurso de apelación, conforme lo establecen los artículos 75-3 y 76- 2 de la Ley 600 de 2000, por tratarse de una sentencia dictada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en actuación adelantada contra un ex Juez de la República en ejercicio de sus funciones.

Por ello, con base en lo dispuesto en el artículo 31 de la [Constitución Política](#) y 204 de la Ley 600 de 2000, la Sala examinará los puntos materia de apelación y los que resulten inescindiblemente vinculados.

2. Del grado jurisdiccional de consulta en el ámbito laboral

El enjuiciado estima que la sentencia penal se basó en los fallos con los que la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá revocó las decisiones por él emitidas, los cuales son a la postre nulos en cuanto fueron producto del grado jurisdiccional de consulta indebidamente surtido, pues para la época de emisión de aquéllas no estaba contemplado legalmente respecto de sentencias laborales que comprometieran a las entidades descentralizadas, empresas comerciales del Estado o establecimientos públicos.

Tal pretensión no tiene vocación de éxito por cuanto las aludidas sentencias laborales emitidas como resultado del grado jurisdiccional de consulta están amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad, de ahí que no pueden ser desconocidas por la simple inconformidad del procesado al tener plena vigencia que las hace de obligatorio cumplimiento, más aún cuando no fueron objeto de acción de revisión o de cualquier otro cuestionamiento tendiente a su modificación.

En torno a este tópico, en casos similares, la Corte ha precisado que:

“...la consulta de las sentencias laborales proferidas por el doctor HÁROLD GAMBOA VELÁZQUEZ se dispuso con fundamento en una interpretación razonable surtida en torno a

las normas reguladoras de la materia. En ése sentido se estimó que, como al tenor del artículo 69 del Código de Procedimiento laboral, dicho grado jurisdiccional opera, entre otros casos, cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a la Nación, tal situación se presentaba frente a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA porque el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991 ordenó la asunción por parte de la Nación de los pasivos de la mencionada entidad oficial.

“Además, el procedimiento del Consejo Superior de la Judicatura al dar vía libre al grado jurisdiccional de consulta compagina con el criterio sentado ulteriormente por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-962 del primero de diciembre de 1999, en cuya parte motiva, sobre lo pertinente preciso:

“Ante tan claras disposiciones, a juicio de la Corte no hay ninguna duda acerca de la obligatoria aplicación del artículo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitación de la consulta de las sentencias de primera instancia que sean total o parcialmente adversas a FONCOLPUERTOS, toda vez que el pago de las acreencias reconocidas estaría a cargo de la Nación, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de COLPUERTOS y de FONCOLPUERTOS, según lo dispusieron en particular, la Ley 1ª de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el Decreto Ley 1689 de 1997” 6.

En el mismo camino, el impugnante pone en tela de juicio el proceso de descongestión ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura que permitió surtir el grado jurisdiccional de consulta de los procesos fallados en contra de Foncolpuertos, conociendo de los mismos la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, cuando el asunto era competencia del Tribunal de Buga por estar adscrita la Ciudad de Buenaventura a ese Distrito Judicial.

Al respecto, la Corporación ha enfatizado en las facultades de las que está revestido el Consejo Superior de la Judicatura para implementar programas de descongestión. Así, en

relación con la designación de jueces o tribunales para atender los casos asociados a la liquidación de FONCOLPUERTOS, se señaló que:

“En efecto, la Carta Política de 1991 al crear el Consejo Superior de la Judicatura, lo revistió de facultades que se plasmaron en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), disposiciones que fueron sometidas a control constitucional, dentro de las cuales se encuentra el artículo 85-5 ibídem, del siguiente tenor: “Crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir tribunales, las salas de éstos y los juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como para crear salas de descongestión en ciudades diferentes de las sedes de los distritos judiciales, de acuerdo con las necesidades de estos”. Consecuente con lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – dispuso la integración de Juzgados de Descongestión para que cumplieran las funciones de juez a-quo en el presente caso; por consiguiente, la decisiones adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no comportan, en manera alguna, como lo piensa el recurrente, la violación del principio del juez natural derivada de la ausencia de la preexistencia del juez o tribunal al hecho que se juzga”⁷ .

La actuación del Consejo Superior de la Judicatura también se ve amparada en lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 270 de 1996, entonces vigente:

“ARTÍCULO 63. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en caso de congestión de los Despachos Judiciales, podrá regular la forma como las Corporaciones pueden redistribuir los asuntos que tengan para fallo entre los Tribunales y Despachos Judiciales que se encuentren al día; seleccionar los procesos cuyas pruebas, incluso inspecciones, puedan ser practicadas mediante comisión conferida por el Juez de conocimiento, y determinar los jueces que deban trasladarse fuera del lugar de su sede para instruir y practicar pruebas en procesos que estén conociendo otros jueces”.

Por lo tanto, dicho organismo estaba plenamente autorizado para redistribuir los asuntos entre los diferentes tribunales y despachos judiciales que se encontraran al día, tal como acaeció en este caso.

Y si bien efectivamente la cantidad y complejidad de los asuntos forzó su redistribución con el envío temporal de los diligenciamientos a otra sede territorial, cumplido ello retornaron al funcionario de origen para surtir la notificación y trámite subsiguiente, sin que ello generara vulneración al debido proceso porque el traslado se ordenó para adoptar decisiones puntuales con el propósito de lograr agilidad y eficiencia en la administración de justicia, descartándose el quebranto de las reglas de competencia referido por el recurrente.

Incluso, fue solo la Ley 1285 de 2009, modificatoria del referido artículo 63 de la Ley 270 de 1996, la que dispuso, después de haberse cumplido el programa de descongestión de Foncolpuertos aquí cuestionado, que la redistribución de procesos debía acompasarse con la competencia territorial.

Por demás, la Corte Constitucional en la revisión previa de la modificación de la ley estatutaria de administración de justicia en relación con la naturaleza jurídica de los jueces de descongestión precisó que el Consejo Superior de la Judicatura puede determinar su ámbito de acción territorial, sin que ello comporte vulneración de ninguna garantía, al expresar sobre el referido tópico que:

“...la norma dispone que «los jueces de descongestión tendrán la competencia territorial y material específica que les señale el acto de su creación». Los jueces de descongestión no son cargos permanentes y por tanto no forman parte de la estructura misma de la administración de justicia. Son cargos creados de manera transitoria por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la facultad prevista en el artículo 257-2 de la Constitución y de conformidad con las políticas y programas de descongestión judicial

establecidos por dicho organismo.

“Por lo mismo, la creación de jueces de descongestión no es en sí misma contraria a la Carta Política, en cuanto contribuye a garantizar la eficacia de la administración de justicia. No obstante, su implementación debe ajustarse a los preceptos de orden Superior, lo que se examinará en detalle al analizar el artículo 15 del proyecto.

“En este punto ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que su designación debe hacerse con cabal observancia de las garantías fundamentales en materia de juez natural y de sujeción a las leyes preexistentes al acto imputado, de manera tal que no se llegue a configurar una atribución “ex post facto” de competencias judiciales. En consecuencia, para la creación de los jueces de descongestión se ha de partir siempre de la base de la preexistencia de determinada categoría de jueces, que tienen previamente definida su competencia en forma clara y precisa y en cuyo apoyo habrán de actuar los jueces creados con una vocación esencialmente temporal. Dicha circunstancia evita la violación del principio del juez natural, en cuanto no se permite la creación de jueces o tribunales «ad hoc», puesto que será posible conocer siempre de antemano cuál será la categoría de jueces competentes para decidir cada patrón fáctico en particular”⁸.

Por tal virtud al no exponer el impugnante argumentos sólidos que ameriten cambiar tal postura, a ellos se remite la Sala.

3. Del principio de non bis in idem

Si bien el inculcado aduce que, por haber sido condenado como autor del punible de enriquecimiento ilícito, no podía ser juzgado por el delito de peculado por apropiación, pues se estaría violando el principio del non bis in ídem, la Corte estima que no se afecta tal apotegma si se tiene en cuenta que se trata de tipos penales disímiles y que amparan diferente bien jurídico.

En efecto, el enriquecimiento ilícito protege el orden económico social y comporta necesariamente el incremento patrimonial injustificado del servidor público, elemento no requerido en el peculado por apropiación ejecutado en favor de terceros.

De otro lado, la conducta de apropiarse de recursos públicos es pluriofensiva, de ahí que sea viable su adecuación a varias descripciones típicas, según las circunstancias de cada caso, ya que los actos pueden ejecutarse de manera independiente en el tiempo y el espacio, así como los recursos pueden provenir de diversas fuentes, de forma que cuando se consolide el incremento patrimonial es factible que el atentado a la administración pública ya se haya agotado.

Precisamente, la Corte ha señalado la procedencia del concurso entre el peculado y el enriquecimiento ilícito:

“Es incuestionable que entre esos dos hechos punibles puede existir concurso, que se da cuando lo apropiado y lo que ha enriquecido ilícitamente al servidor público, corresponda a haberes provenientes de distinta fuente, esto es, cuando además de lo obtenido como producto del peculado, en el incremento del patrimonio del servidor público aparezcan otros fondos diferentes, adicionales, de procedencia no justificada pero relacionable con el ejercicio de las funciones, o por razón del cargo, que se establezca como ilícita pero no exista demostración de haber sido generada por otro delito”⁹ (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, se evidencia que en tratándose de dos conductas punibles autónomas e independientes, no puede aceptarse el argumento del apelante en tal sentido, ya que el reproche atribuido en uno y otro delito amparan disímiles bienes jurídicos.

4. Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros

Concerniente al aspecto objetivo de este tipo penal vale la pena recordar que es un

ilícito de resultado, de carácter doloso, cuya descripción típica básica se contrae a: un tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión es exigible la calidad de servidor público en el autor, respecto de lo cual no existe ninguna controversia y, que se abuse del cargo o de la función apropiándose o permitiendo que otro lo haga de bienes del Estado o de las empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos para fiscales, o de bienes o de particulares cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.¹⁰

En este caso, deviene evidente que el procesado tenía el poder de disposición o disponibilidad jurídica en relación con los bienes que funcionalmente dependían de su decisión, pues en virtud de fallos judiciales hizo entrega de dineros estatales, facilitando o dando lugar a la apropiación ilegal de los mismos.

Emerge de lo anterior que el desmedro del erario público se concretó respecto de los dos demandantes laborales; ROBERTO RIVAS VALENCIA y MARCIANO RIASCOS RIASCOS: En cuanto al primero, en sentencia del 27 de noviembre de 1995, el acusado en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura dictó fallo adverso hacia la Empresa Puertos de Colombia y la condenó al pago de \$ 35.146.395, 01, erogación dispuesta a través del oficio de 9 de abril de 1996, suma debitada de la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular, sucursal Buenaventura.

Esa decisión fue revocada el 31 de octubre de 2002 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la que luego de examinar el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la demandada, las pretensiones de la demanda y la decisión adoptada por el Juzgado Laboral, concluyó que:

“... con la pensión convencional reconocida al demandante desde el 29 de julio de 1993, de conformidad con el artículo 151 de la C.C de T, no le era dable ni legal ni convencionalmente indemnización alguna, se le ha venido reconociendo unas sumas de

dinero que a la fecha son superiores a la indemnización pretendida y acorde con lo establecido en el Decreto 035 del 92 y del cual se hizo referencia en la Resolución mediante la cual se le reconoció la pensión especial al actor”.

(...)

“En lo que tiene que ver con el reconocimiento del tiempo laborado y que le fue descontado al demandante esto es de 41 días por faltas, folio 6, sin existir una investigación laboral, observa la Sala que la parte demandante no demostró en el curso del juicio, que ese tiempo se le haya descontado injustamente y que por lo tanto deba ser tenido en cuenta para obtener la liquidación de las cesantías definitivas.

“Nótese igualmente que el artículo 44, numeral 4° y 8° del Decreto 2127/45, señala que el contrato de trabajo se suspende entre otros motivos “por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador, o por suspensión disciplinaria” y “por huelga lícita declarada con sujeción a las normas de la ley”. Lo anterior quiere decir que la empresa demandada estaba facultada legalmente para descontar del tiempo de servicios del actor, lo correspondiente a permisos no remunerados, suspensiones y huelgas y lógicamente dicho tiempo no puede ser tenido en cuenta como efectivamente laborado, para efectos prestacionales”.

Ahora, concerniente al otro proceso laboral promovido por MARCIANO RIASCOS RIASCOS, el enjuiciado emitió la sentencia el 8 de agosto de 1995 y firmó el oficio de 2 de abril de 1997 a través del cual ordenó el pago del título judicial constituido a favor del ex trabajador por la suma de \$44.388.444,18 por concepto de reliquidación de cesantías, indemnización moratoria, pensión sanción, así como agencias en derecho por valor de \$ 8.667.730, oo.11

Esa decisión también fue revocada por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de julio de 2002¹² y allí se sostuvo que:

“El Juez de Primera Instancia procede a condenar a la demandada al reajuste del auxilio de cesantía, bajo el argumento de al momento de su desvinculación, al actor no se le tuvo en cuenta el total del tiempo laborado, lo que conllevó igualmente a la condena a indemnización moratoria.

“Sobre este aspecto resalta la Sala que a folio 34 del informativo reposa el certificado de liquidación de prestaciones sociales, en que se observa claramente que le fue descontado 34 días del total del tiempo laborado por concepto de faltas o ausencias. Sin embargo no se demostró en el curso del juicio, que ese tiempo se le haya descontado injustamente dentro del último año de servicios y que por lo tanto deba ser tenido en cuenta para obtener el salario promedio de base al momento de la liquidación definitiva de sus cesantías, pensión de jubilación y demás prestaciones sociales.

(...)

“Igualmente, conforme lo dispone los artículos 1° y 2° del Decreto 1647 de 1967, los pagos por sueldos o cualquier otra remuneración de los empleados públicos y trabajadores oficiales deben ser por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente y el empleador está en la obligación de ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente autorización legal (...).

“Al no ser procedente por las razones antes dadas el reajuste del auxilio de cesantías, no hay lugar entonces a la condena a indemnización moratoria en la forma que se hizo en la primera instancia”,

De otro lado, aunque el impugnante invoca diversa legislación laboral y disposiciones contenidas en la convención colectiva de trabajo para refutar la determinación del ad quem, sobre el supuesto que sus decisiones se ajustaron a derecho, con tal postura busca primar sus argumentos basados en su particular interpretación de las disposiciones citadas frente a lo decidido en la segunda instancia.

Infructuosamente anhela revivir temas que fueron suficientemente abordados, examinados y decididos por dicho órgano colegiado que con base en aplicación de las normas laborales vigentes, halló cómo las decisiones adoptadas por el a quo se mostraban manifiestamente contrarias a la legalidad y traducidas en detrimento del erario público.

Frente a este concreto aspecto de valoración probatoria en pretérita sentencia dictada en contra del aquí procesado se pronunció la Sala así:

“La legitimidad del grado jurisdiccional de consulta, las facultades del juez para fallar más allá de lo pedido, los criterios de aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, el deber de precisión y claridad en el relato de los hechos y en la determinación de las pretensiones así como la obligación de probar lo que se demanda, son obligaciones de contenido legal que deben respetar los funcionarios judiciales al momento de emitir un fallo, sin que resulte de recibo plantear una interpretación distinta de la ley, para dotar de legalidad sus actuaciones cuando fungió como juez, debate jurídico que además ya se definió en la instancia laboral”.¹³ (Subraya la Sala).

El impugnante pretende dotar ex post de legalidad a las sentencias en su momento por él dictadas y para tal cometido acude a toda suerte de argumentos contentivos de explicaciones en aras de justificar que su actuar fue apegado a la legalidad, cuando la revisión de las mismas por el superior develó todo lo contrario ante el claro e inequívoco propósito de favorecer a terceros al reconocer derechos inmerecidos, tales como: “reliquidación de cesantía definitiva”; “indemnización por despido injusto”; “indemnización por falta de pago de la anterior pretensión”; “reliquidación de cesantía definitiva”; e “indemnización moratoria”.

Bajo esta óptica, el fallo penal de primer grado demostró a través de la valoración en conjunto de las pruebas obrantes en la actuación, que el procesado como Juez Primero

Laboral del Circuito de Buenaventura en la época ya reseñada y en el despliegue de la funciones inherentes a su cargo ejecutó actos de disposición jurídica con relación a dineros públicos con ocasión del trámite y fallo de los mencionados procesos laborales, lo cual se tradujo en la disposición de recursos económicos del Estado colombiano a favor de terceros dado que tenía la disponibilidad jurídica de los mismos.

Si se tiene en cuenta el contexto general en que se ejecutaron las plurales conductas y el modus operandi vislumbrado, realizó el aporte fundamental ya que al tener la disponibilidad jurídica dineraria, fue quien “dictaminó en cada uno de los procesos la prosperidad de las pretensiones” y emitió la ulterior orden para que las sumas de dinero emergieran de las arcas del Estado e ingresaran en poder de terceros, con el consiguiente defraudamiento del tesoro público.

Las anteriores razones le permiten a la Sala no acoger las argumentaciones plasmadas por el apelante y por el contrario avalar la decisión adoptada por el fallador de instancia con el fin de confirmar la sentencia mediante la cual se le declaró responsable por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia del 12 de diciembre de 2011 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, que fue objeto de impugnación, conforme con las razones anotadas.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
SOCHA SALAMANCA

JULIO ENRIQUE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls. 41 a 63 c. o N° 1.

2 Fls. 99 a 122 c.o N° 1.

3 Fl. 159 c.o No. 1.

4 Fls. 906-907 c.o N° 4.

5 Modificadorio del artículo 133 de Decreto 100 de 1980.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de julio de 2008, Radicado 29837; en igual sentido cfr. Sentencias radicados Nros. 33201 del 27 de abril de 2011 y 35.731 del 8 de noviembre de 2.011.

7 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 25804.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-713 de julio 15 de 2008.

9 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Providencia del 19 de mayo de 2000, Rad. 8067.

10 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Decisión de 8 de noviembre de 2011 Rad. 35.731.

11 Cfr. Fls. 181 a 193, cuaderno proceso ordinario laboral de MARCIANO RIASCOS RIASCOS contra Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia”.

12 Cfr. Fls 204- 213 cuaderno ibídem.

13 Corte Suprema de Justicia Proveído de 8 de noviembre de 2011. Rad. 35.731