

Proceso N° 39176

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta N° 51

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

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, en contra de la sentencia de 9 de febrero de 2012, por medio de la cual la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, lo condenó como autor responsable del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

H E C H O S

En su calidad de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (Valle del Cauca), el doctor HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ adoptó múltiples decisiones judiciales ilegales, que redundaron en pagos, a cargo del Fondo de Liquidación de Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, de altas sumas de dinero, a favor de exempleados de la compañía, quienes no tenían o no lo demostraron adecuadamente en los procesos de conocimiento del funcionario.

Los procesos, los actores y único demandado, con sus concretas particularidades como se desprende del fallo de instancia, son los siguientes:

1. LEONEL RIASCOS ÁNGULO. En fallo del 17 de agosto de 1995 fue condenada la Empresa PUERTOS de COLOMBIA, Terminal Marítimo de Buenaventura a cancelar a favor del actor \$ 19.398.243, 32 (por concepto de indemnización por despido injusto); \$ 21.931.876, 80 (indemnización moratoria); más \$ 32.252, 76 diarios, desde el día siguiente al fallo hasta que se verificara el pago total de la condena. \$ 12.505.470.00 (liquidación de costas); \$ 16.150,677 (nuevas agencias en derecho, proceso adelantado por ejecución de la condena). El pago de las referidas acreencias se hizo efectivo con base en la resolución No. 1225 del 10 de septiembre de 1997, según información del Fondo de Protección Social.

2. NELLY SEGURA de BANGUERA. Por medio de la sentencia del 4 de septiembre de 1995 el procesado condenó al FONDO PASIVO SOCIAL- EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, a pagar a la actora \$ 12.441.556, 79 (por concepto de indemnización por despido injusto); \$ 16.207.543, 16 (indemnización moratoria); adicionalmente \$ 22.956, 86 diarios desde el día siguiente al fallo hasta la verificación del pago total de la condena; \$ 8.656.713, 00 (agencias en derecho). El pago de la condena se verificó mediante resolución No. 864 del 7 de mayo de 1998 de FONCOLPUERTOS a favor de la actora según información del Ministerio de la Protección Social.

3. JOSÉ MONTAÑO CUERO: El acusado en sentencia del 21 de marzo de 1995 condenó a la referida empresa estatal a pagar \$ 2.215.399, 87 (por concepto de diferencia de la pensión reajustada); \$ 1.210.022, 18 (diferencia de la cesantía definitiva); \$ 10.936.991, 43 (indemnización moratoria); \$ 3.966, 99 diarios desde el día siguiente del fallo hasta la verificación del pago de la ordenado; \$ 4.317.054, 00 (agencias en derecho). El pago se hizo efectivo con base en la resolución No. 0038 del 21 de enero de 1997 de FONCOLPUERTOS a favor del demandante según información suministrada por el Fondo de

Protección Social.

Importa resaltar que dentro del presente proceso el acusado emitió sentencias similares con relación a JUAN SILVESTRE TORRES ALOMÍA, ULDARICO TORRES y LEOVIGILDO GARCÉS ÁNGULO, respecto de los cuales el fallo materia de apelación decretó cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, razón por la cual, por sustracción de materia no es menester aludir a los mismos, pues si bien es cierto la Fiscalía interpuso recurso de apelación, con relación a dicha determinación, desistió del mismo.

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, con ocasión de surtir el grado jurisdiccional de consulta¹, estimó que aquellas providencias dictadas por el acusado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ fueron contrarias a la legislación laboral revocándolas y en su lugar absolvió a la demandante FONCOLPUERTOS de las condenas impuestas.

Para la Fiscalía, entonces, dichas decisiones del funcionario judicial de primera instancia emergieron abiertamente contrarias a la ley y por contera afectaron el patrimonio estatal, generando beneficio económico a los terceros, quienes actuaron en calidad de demandantes a través de sus respectivos apoderados.

De esa manera, se iniciaron los procesos penales Nos. 15. 6842 (el originario,), 15. 716, 15.873, 15.759, 15.922, 16.009, 15.833 y 15817.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en la compulsación de copias ordenada por la Unidad Nacional contra la Administración Pública, Subunidad de FONCOLPUERTOS, el 20 de junio de 2005 la Fiscalía 20 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá ordenó la práctica de la investigación preliminar No. 15.6843; posteriormente, el 31 de julio de 2006⁴, dispuso la apertura de la instrucción, la vinculación y captura del imputado

HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ por los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo con peculado por apropiación y cualquier otro contra la administración pública que se pudiera configurar en conexidad.

Con resolución de la misma fecha, el ente instructor declaró la conexidad procesal⁵, decretando la integración con las investigaciones Nos. 15.941, 15.958, 15.962, 16.009 y 16.047, en todas las cuales había ordenado la apertura del proceso y la vinculación de GAMBOA VELÁSQUEZ, quien en últimas fue declarado persona ausente y provisto de defensor de oficio el 13 de octubre de 2006⁶.

El 19 de junio de 2007, la Fiscalía resolvió la situación jurídica del sindicado GAMBOA VELÁSQUEZ, con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como autor material del concurso de conductas punibles de peculado por apropiación a favor de terceros y precluyó la investigación por los delitos de prevaricato por acción al haber operado la prescripción de la acción penal respecto de los mismos⁷.

Clausurada la fase instructiva el 09 de julio de 2007⁸, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 16 de agosto de la misma anualidad, profiriendo resolución de acusación⁹ en contra del procesado, por el concurso delictual de “PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS AGRAVADA en la cuantía determinada en las precedentes consideraciones”.

En firme el proveído acusatorio, el conocimiento del juicio fue asumido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga (Valle del Cauca) el 26 de febrero de 2008¹⁰.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 05 de agosto de 2010¹¹, en tanto que, el acto público de juzgamiento se realizó el 30 del mismo mes y 20 de septiembre del referido año¹².

La Sala Penal de Descongestión adscrita a esa Corporación dictó providencia el 9 de febrero de 2012¹³, en la que declaró la cesación de procedimiento por prescripción respecto de tres hechos constitutivos de peculado por apropiación en beneficio de terceros (casos de JUAN SILVESTRE TORRES ALOMÍA, ULDARICO TORRES y LEOVIGILDO GARCÉS ÁNGULO) y condenó al inculcado GAMBOA VELÁSQUEZ por los tres restantes (LEONEL RIASCOS ÁNGULO, NELLY SEGURA de BANGUERA y JOSÉ MONTAÑO CUERO).

Consecuente con su determinación el A quo le impuso las penas principales de 76 meses de prisión, multa por el valor de \$113.466.077,55, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo lapso. De igual modo, lo condenó a pagar idéntica suma por concepto de perjuicios materiales, y le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

En contra del proveído del Tribunal, el acusado GAMBOA VELÁSQUEZ y la Fiscal 5ª Delegada interpusieron oportunamente el recurso de apelación, siendo desistido por parte de la última¹⁴, razón por la cual fue concedido exclusivamente con relación a aquél¹⁵.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Sala de conocimiento, luego de resumir y relacionar los hechos, la actuación procesal, la acusación y la intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública, descartó la configuración de irregularidades generadoras de nulidad y enunció los problemas jurídicos a resolver, examinando primeramente la configuración de la prescripción de la acción penal dentro de los procesos ordinarios laborales incoados por JUAN SILVESTRE TORRES ALOMÍA, ULDARICO TORRES y LEOVIGILDO GARCÉS ÁNGULO.

Fue así como luego de aludir al artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2º de la Ley 43 de 1982, al igual que al artículo 19 de la Ley 190 de 1995 y

confrontar la punibilidad prevista en dichas legislaciones, como también las fechas de pago de las sumas de dinero canceladas por FONCOLPUERTOS y la ejecutoria de la resolución de acusación, determinó que había lugar a declarar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal a favor del acusado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ por el delito de peculado por apropiación originado en los procesos ordinarios laborales instaurados por las referidas personas en aplicación del principio de favorabilidad.

Luego el Tribunal estudió lo relacionado con la existencia de las restantes conductas punibles y la responsabilidad del procesado, para lo cual anunció que examinaría el aporte probatorio, con el fin de determinar si se colmaban las exigencias que para condenar señala el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Seguidamente, en lo concerniente con el delito atribuido al sindicado, parte la providencia impugnada por referenciar lo correspondiente al elemento objetivo de la tipicidad, transcribiendo la norma más favorable que consigna el ilícito en cuestión, esto es, el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

Con base en dicho precepto, se adentra en el análisis de los elementos estructurales de la conducta punible de peculado por apropiación, referentes a (i) que el sujeto activo sea un servidor público -precisando que en este caso obró como autor-, (ii) que se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, o de empresas o instituciones donde éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes particulares, (iii) que se le hayan confiado en su administración, tenencia y custodia, por razón o con ocasión de sus funciones.

En tal forma, verifica que para el momento de los hechos el acusado fungía como servidor público y en calidad de tal rubricó las decisiones judiciales a partir de las cuales reconoció dineros a favor de particulares. Ello lo explica la Sala de Conocimiento

relacionando los tres procesos laborales impulsados contra FONCOLPUERTOS a que se contrae la presente causa, señalando el tipo de trámite, los nombres de los demandantes, las fechas de las providencias, el contenido de las mismas, los montos declarados a favor de aquéllos y la suerte procesal de los mismos, hasta que las sentencias fueron revocadas, luego de ser conocidas a través del mecanismo de la consulta por el superior funcional -Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá-, el cual estimó que las decisiones adoptadas por el juez GAMBOA VELÁSQUEZ partieron de supuestos fácticos errados y carecían de sustento jurídico y probatorio.

Analizados dichos trámites, concluyó entonces que presentaban informalidades relevantes y que las decisiones adoptadas por el procesado en cada uno de ellos eran contrarias a la legalidad y desconocían abiertamente la normatividad legal vigente, la jurisprudencia laboral y lo probado en los procesos. Los pagos dispuestos en las sentencias no tenían sustento fáctico, probatorio ni jurídico, traducido en relación con acreencias laborales e indemnizaciones a favor de los demandantes respecto de las cuales no ostentaban derecho alguno.

Es así cómo resaltó que en el caso de LEONEL RIASCOS ÁNGULO, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocó la sentencia emitida por el acusado al determinar la configuración de cosa juzgada en razón a la existencia de un proceso fallado entre las mismas partes y por los mismos hechos, disponiendo la compulsación de copias ante la Fiscalía General de la Nación.

Respecto de NELLY SEGURA de BANGUERA puso de presente cómo la Sala Laboral del referido Tribunal revocó el fallo dictado por el inculcado al establecer que la pensión de jubilación no es compatible con la indemnización por despido injusto con base en lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 1ª de 1991 y del artículo 150 de la convención colectiva del trabajo.

En relación con JOSÉ MONTAÑO CUERO, aludió a la decisión adoptada por la Corporación mencionada, que revocó el fallo emitido por el investigado, al establecer que en la demanda no fue solicitada la reliquidación de la cesantías y por ende, GAMBOA VELÁSQUEZ, no podía fallar condenando a la entidad estatal respecto de un hecho no alegado e igualmente no se cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral, al no determinarse los hechos y las omisiones fundamento de las pretensiones incoadas y por ende, las suplicas de la demanda no tenían razón de prosperar.

De ahí que la conducta imputada encuadre perfectamente en la descripción típica del delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros (artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995).

A renglón seguido, se apoyó en precedentes de esta Sala para sustentar que al servidor público investigado los bienes le fueron confiados en su administración, tenencia y custodia, por razón o con ocasión de sus funciones, pues, es evidente que ostentaba la disponibilidad jurídica de los dineros públicos administrados por FONCOLPUERTOS, lo que le facilitó que como Juez de la República emitiera las decisiones a favor de terceros.

Acerca de la responsabilidad del inculcado, a continuación el Tribunal A quo se refiere nuevamente a las cuestionadas decisiones judiciales, las cuales revocó el superior funcional “no precisamente por diferencias de criterios o posturas interpretativas del derecho laboral”, sino porque “se desviaban visiblemente de la legalidad”; además, alejándose del marco de referencia del litigio propuesto por los demandantes, ocasionando de esa forma que particulares se apropiaran de cuantiosas sumas del erario público, cuya administración y custodia le correspondían debido a su calidad de Juez Laboral del Circuito.

Concluye, entonces, en que no hay duda alguna frente a la materialidad de la

conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros, con la cual se lesionó el bien jurídico de la administración pública, acreditado como está adicionalmente, que el procesado obró con dolo, esto es, de manera consciente y voluntaria.

Por último, explicó la Sala de Decisión que en contra del servidor judicial, además del amplio aporte documental, recaen varios indicios, tales como los de oportunidad, presencia y capacidad para delinquir, descartando así el de no haber sometido sus fallos al grado jurisdiccional de la consulta, por cuanto para la época de su emisión no había una posición unificada al respecto.

Definida de la anterior forma la responsabilidad penal del procesado en las tres conductas punibles constitutivas de peculado por apropiación en favor de terceros para finalizar se ocupa el juzgador de primer grado de lo atinente a las ya anotadas consecuencias jurídicas del delito.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

1 “Grado jurisdiccional de consulta”. Sostiene que el Tribunal no podía tomar como indicio grave el no haber dado curso a dicho mecanismo, toda vez que esa omisión no constituye una actuación ilegal. Incluso, añade que esta Corte ya fijó su posición sobre el tópico¹⁶, reseñando que no se verifica manifiestamente contraria a la ley la decisión de omitir el grado de consulta si ella operó antes de 1999.

De todos modos, lo que debe tenerse en cuenta es que si de acuerdo a las reglas jurídicas, la jurisprudencia y doctrina imperantes para la época -que más adelante referencia ampliamente-, no era viable la consulta en estos casos, los fallos que se le cuestionan “quedaron debidamente ejecutoriados en aquellos casos en que no se apelaron o en los que se declararon desiertos los recursos de apelación”. De esa forma, el apelante destaca cómo para el momento de emitirse las decisiones no existía doctrina pacífica respecto del tema, dado que la obligación surgió a partir de los

pronunciamientos de esta Sala y la Corte Constitucional en el año 1999, y solo se consagró legislativamente en el año 2007, a través de la Ley 1149.

Reitera que si no había consenso acerca de la procedencia de la consulta en relación con las sentencias emitidas antes de 1999, la conclusión es que las mismas se ajustaron a la ley y al ordenamiento jurídico. De ahí que las providencias que emitió como juez laboral, quedaron ejecutoriadas y adquirieron fuerza de cosa juzgada en sentido material, garantía sobre la que diserta a continuación, a efectos de sostener que sus fallos no podían ser revocados por esa vía.

Acusa, entonces, a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de haber desconocido esa prerrogativa, así como las del debido proceso y seguridad jurídica, al ordenar consultar sus sentencias, y de infringir también las normas sobre competencia territorial, tópico éste que analiza a continuación, manifestando que por ese entonces debió haber creado una Sala de Descongestión en el Tribunal Superior de Buga, tal como lo hizo en esta oportunidad.

En suma, el recurrente estima, luego de referirse ampliamente al instituto de la competencia y citar precedentes constitucionales sobre el mismo, que la aludida Corporación no estaba autorizada para redistribuir los procesos, motivo por el cual violó normas constitucionales y legales, lo que trae como consecuencia que las sentencias revocatorias dictadas por la Sala de Descongestión por vía de consulta, estén viciadas de nulidad y, por tanto, deben rechazarse y excluirse del aporte probatorio, “lo que implica que la prueba no puede ser valorada, ni usada, cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar responsabilidad penal”, como aquí ocurrió.

2. “Análisis probatorio”. Cuestiona los fallos emitidos por la Sala Laboral de Descongestión de Bogotá, los cuales, dice, fueron el soporte de la condena. En esa tarea, se dedica ampliamente a defender la legalidad de sus decisiones, apoyado en normas y

conceptos laborales, así como en múltiples pronunciamientos que sobre esos tópicos han emitido esta Corte y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, luego alude a lo siguiente:

2.1 En relación con el fallo dictado en el caso de LEONEL RIASCOS ÁNGULO, afirmó que tanto el Tribunal de instancia como la Sala Laboral de Descongestión al sostener que operaba el principio de cosa juzgada laboral no tuvieron en cuenta, que la sentencia la dictó el 17 de agosto de 1995 y el Juzgado Laboral de descongestión de Bogotá la emitió en el año 2000 y por ende no operaba dicho principio.

2.2. En otro acápite retoma el caso de LEONEL RIASCOS ÁNGULO examinándolo conjuntamente con el de NELLY SEGURA de BANGUERA, anunciando el impugnante que tomaba como referente los argumentos tenidos en cuenta por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá al revocar la sentencia de primera instancia y para tal cometido aludió y transcribió diversos artículos de la convención colectiva de trabajo y del Código Sustantivo del Trabajo alusivos a la forma de terminación del contrato de trabajo y el reconocimiento de la pensión, sosteniendo que las indemnizaciones por despido injusto reconocidas en las sentencias no constituyeron indemnizaciones como consecuencia de la liquidación de la empresa para quienes trabajaron entre 1 y 14 años, sino la “(...) indemnización por no haberse reconocido la pensión previamente a la ruptura del nexo laboral (...)” y por ende, sí resultaba compatible “(...) la indemnización de perjuicios a que fue condenada la empresa en la sentencia de primer grado con la pensión ya reconocida por la empresa (...)”.

2.3. Inherente al proceso de JOSE MONTAÑO CUERO, manifestó que resultaba suficiente que el actor expusiera que su pensión no fue liquidada correctamente conforme con la convención colectiva del trabajo al no haberse incluido todos los factores salariales que hacen parte integrante de la base para liquidar la pensión, como se desprende de los hechos de la demanda y del acápite de pretensiones.

Expuso que el artículo 28 de la Código Procesal del Trabajo sólo faculta al juez de primera instancia y no al de segunda para efectos del examen de la demanda y admisión, en el evento de no reunir los requisitos del artículo 25 de dicho estatuto puede ser devuelta para ser subsanada, lo cual no aconteció y por ende, la Sala Laboral de Descongestión “de manera oficiosa” no podía aducir la falta de un presupuesto procesal, debiéndose abstener de emitir pronunciamiento de fondo, como tampoco sobre dicha base la Sala Penal de Descongestión impartir condena, constituyendo deber del a quo interpretar la demanda.

Ulteriormente se dedicó el impugnante a transcribir extensa jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, que desde su particular punto de vista guarda relación con el tema planteado, prosiguiendo con su ataque a las diversas sentencias dictadas por la Sala Laboral de Descongestión, cuyos razonamientos estima equívocos.

Refirió cómo el fallo de instancia cuestionó que en relación a este caso no se había solicitado la reliquidación de cesantías, no obstante no se tuvo en cuenta que en el punto 4° de las pretensiones “(...) el actor solicitó que se condenara al pago de cualquier concepto no reclamado pero probado en el proceso en fallo extra y ultra petita (...)”.

3. “Atipicidad de las conductas”. Sostiene que al Tribunal no le asiste la razón al referir que el acusado realizó diferentes acciones delictivas con dolo, al haber emitido fallos contrarios a derecho y sin sustento legal, impartiendo órdenes para que se cancelaran cuantiosas sumas de dineros provenientes del erario público, y que quienes resultaron beneficiados no tenían derecho a esas acreencias laborales.

Por el contrario, reitera, sus decisiones se ajustaron a derecho, puesto que se apoyaron en jurisprudencia y en una “labor hermenéutica en la interpretación de la Ley, la Convención Colectiva de Trabajo y las pruebas decretadas legalmente”, a diferencia de lo ocurrido con las Salas de Descongestión, que se pronunciaron sin tener competencia

territorial y desconociendo precedentes sobre la materia, violando de esa manera el debido proceso. Lamenta así que estos Magistrados no hayan sido investigados penalmente por los mismos delitos que le atribuyen a él, “con total desconocimiento de un trato jurídico igual”, que además denota que no existe el dolo exigido por la ley penal.

Lo anterior lo sustenta el acusado apelando de nuevo a su argumentación en torno a la improcedencia de la consulta y dedicando amplios apartados a citar jurisprudencia y sostener el por qué sus decisiones no son contrarias a la ley y, por tanto, no se configura el delito de prevaricato por acción, al que es necesario aludir, pues, aunque se declaró la prescripción de la acción penal respecto del mismo, en el fallo se le considera como el medio idóneo para la apropiación del erario público en favor de terceros. De ahí que de no aceptarse su disertación defensiva sobre este tema puntual, se configuraría una violación a su derecho fundamental al debido proceso.

Por otra parte, el libelista transcribe el precepto que consagra el delito de peculado por apropiación aquí considerado, con el fin de controvertir los argumentos del A quo alusivos a que tenía la facultad de administrar los bienes que en este caso pertenecían a la entidad descentralizada FONCOLPUERTOS.

Dado a esa tarea enuncia una serie de disposiciones que apuntan a la función pública ejercida por los jueces laborales del circuito¹⁷, para dejar claro que ninguna norma laboral contempla que un contrato de trabajo puede regular las relaciones entre una persona natural y bienes oficiales. Por ello, era viable que los actores acudieran ante esa jurisdicción a reclamar sus pretensiones en contra del ente estatal, y resulta desacertada la postura de la Sala de Decisión, con la que está estableciendo una regla general acorde con la cual, cualquier operador judicial que dicte decisiones de condena contra entidades descentralizadas, se convierte en administrador de bienes oficiales.

Para terminar, el recurrente afirma que la sentencia condenatoria se fundamentó en una norma inaplicable y en interpretación errada; asevera que a diferencia de lo que aconteció con las Salas de Descongestión, no existe certeza de su actuar doloso; menciona la condena que se le impuso por el delito de enriquecimiento ilícito para aducir que el de peculado por apropiación no quedó impune y, por tanto, debe cesarse el procedimiento con relación al mismo so pena de vulnerar el principio del non bis in idem; y pide que se revoque la condena impuesta, para en su lugar absolverlo del cargo formulado en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Teniendo en cuenta la condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (Valle del Cauca) que desempeñaba el procesado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ para el momento de los hechos y de la relación inmanente de estos con la función asignada al mismo, es la Corte competente para conocer en segunda instancia del fallo emitido por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, bajo cuya ritualidad se adelantó el trámite procesal.

Se aclara sí, que de conformidad con lo señalado en el artículo 204 de la citada codificación, la competencia de la Corte frente a este asunto se restringe a lo que fue objeto de las apelaciones y a lo que resulte inescindiblemente vinculado a éstas.

2. Respuesta a la impugnación

A pesar de que el acusado recurrente es repetitivo a lo largo de su libelo, para una mejor resolución de los temas sujetos a discusión, la Sala abordará de manera separada cada uno de los tres capítulos que componen los diferentes ejes de impugnación

consignados en su escrito de sustentación, ciñéndose al orden allí establecido, es decir, sucesivamente se responderán los argumentos que en dichos apartados rotuló de esta manera: “grado jurisdiccional de consulta”, “análisis probatorio” y “atipicidad de las conductas”.

3. Grado jurisdiccional de consulta.

Diferentes entre sí, aunque con idénticos efectos, dos temas plantea el impugnante en el primer capítulo de su libelo: uno referido a la no obligación de consultar las sentencias que en primera instancia condenan a la Empresa Puertos de Colombia y otro al supuesto desbordamiento de las funciones por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la que acusa de desconocer normas constitucionales y legales sobre la competencia.

3.1. En relación con el primer aspecto, le asiste la razón al sindicato cuando, con sustento en decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte, la Sala Penal de la misma y la Corte Constitucional, advierte que el tema de la consulta no era pacífico para la época - año 1995- en la cual se emitieron los fallos laborales que se predicen prevaricadores, pues, en efecto, en atención a la naturaleza de la entidad demandada no surgía claro que se tratase en sí misma de “La Nación”.

Pero como premisa de la sentencia que cuestiona, resulta falsa al considerar que dicha omisión fue tomada en cuenta como indicio grave de responsabilidad en el fallo atacado, siendo claro que la misma fue expresamente descartada por el juzgador de primer grado para tales efectos.

Precisamente, por reconocer esa realidad, la Sala Penal de la Corte ha señalado reiterada y pacíficamente que con anterioridad a la Sentencia SU-962 de 1999, era perfectamente posible, sin que siquiera se entendiera error judicial, omitir el grado jurisdiccional de consulta en los casos en los cuales era condenada la Empresa

Puertos de Colombia.

Ya el apelante citó con amplitud esa postura de la Sala, que no se entiende necesario transcribir de nuevo, no sólo por la claridad que encierra, sino en atención a que de ninguna manera ha variado la percepción jurídica que allí se contiene.

Por ello, resulta cuando menos inoficioso todo ese bagaje argumental que el apelante expone, dejando en evidencia que no leyó juiciosamente el fallo de primer grado, pues, de lo contrario, no habría tenido necesidad de defender tan exhaustivamente dicha postura que, se repite, aboga porque para la época en que emitió sus fallos laborales, no era necesaria la consulta, siendo claro que en el año 1995 tal omisión no se estimara trascendente, motivo suficiente para que, como lo pregona, ese hecho por sí mismo no pueda hacerse valer en el cometido de perfilar prevaricador su comportamiento para cuando se desempeñaba como Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura.

Adicional a ello, el planteamiento defensivo es inane, pues, como lo señaló la Sala en anterior ocasión, “resulta evidente que el peculado atribuido al ex juez procesado no emerge de las sentencias laborales proferidas en segunda instancia, sino del hecho de apropiarse para sí o para un tercero de elevadas sumas de dinero mediante la adopción de decisiones amañadas y contrarias a derecho. Por tanto, el comportamiento punible se estructuró con independencia de la revocatoria pronunciada por el Tribunal respectivo. Tanto es así que cuando esto último ocurrió ya se había materializado la apropiación de los dineros”¹⁸.

Lo anterior se aviene al presente asunto, en el que el sustento probatorio descansa en abundante prueba documental y en otros indicios graves de responsabilidad deducidos por el jugador de primera instancia.

3.2. En relación con el supuesto desquiciamiento por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de las normas constitucionales y legales sobre la

competencia por el factor territorial, basta advertir que el apelante apenas realiza la crítica de manera genérica y abstracta, sin especificar la trascendencia del supuesto error en que incurrió esa Corporación y cómo ello repercute en este trámite penal.

Y aunque para el presente asunto es absolutamente irrelevante determinar la legalidad o ilegalidad de los fallos laborales dictados por vía de consulta, no sobran algunas precisiones con el objeto de responder al desacertado planteamiento del memorialista.

En efecto, si bien es claro que toda persona tiene derecho a un debido proceso, tanto que su desconocimiento genera nulidad, también lo es que para arribar a esta conclusión habrá de examinarse cada situación, buscando una solución consecuente con los fines del rito penal y la legislación vigente, como así se desprende de los principios que rigen la nulidad, relacionados con la oportunidad, fundamentación, preclusión, taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, residualidad e instrumentalidad de las formas.

Para el éxito de la impugnación en estos eventos, no sólo se debe identificar el acto irregularmente cumplido y demostrarse la omisión de un desarrollo jurídicamente exigible conforme a disposiciones que lo establecen, sino también su incidencia en la actuación o la sentencia, con efectos en las garantías reconocidas a favor del sujeto pasivo de la acción del Estado, o en la estructura del proceso¹⁹.

En este orden de ideas, el recurrente omite tener en cuenta que la razón por la que el asunto laboral fue resuelto en segunda instancia por un Tribunal diferente al del lugar donde ocurrieron los hechos y se dictó la providencia de primer grado (Buenaventura), no es otra que la adopción de medidas por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para la descongestión de los despachos judiciales del país.

Así, partiendo de la más nítida objetividad del tema, la Corte ha tenido la oportunidad

de analizar el punto y ha concluido que la creación de las Salas de Descongestión consulta la constitucionalidad y la legalidad, porque el Consejo Superior de la Judicatura está facultado para adoptar ese tipo de determinaciones con miras, entre otros intereses superiores, a la descongestión de los despachos judiciales²⁰.

En efecto, la mencionada Corporación, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente de las señaladas en el artículo 63 de la Ley 270 de 1996, expidió varios actos administrativos para contrarrestar la congestión judicial que el fenómeno de FONCOLPUERTOS acarrearía en la justicia laboral, siendo de público conocimiento la gran cantidad de demandas presentadas en contra de dicha entidad y los múltiples trámites y pronunciamientos que ellas propiciaron.

La Sala Administrativa, entonces, válidamente decidió crear unos despachos judiciales para que exclusivamente conocieran de esos asuntos, optando, para efectos prácticos, por concentrarlos en una misma ciudad.

Lo anterior lleva a la conclusión de que cuando en esos casos la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá se encaminó a resolver la consulta respecto de fallos proferidos dentro de trámites adelantados en otras ciudades, no se encuentra usurpando ni desbordando competencia alguna, dado que, sencillamente actúa inmersa en sus facultades legales y constitucionales.

Aun así, como acaba de señalarse, la conducta punible por la que fue condenado GAMBOA VELÁSQUEZ no emerge de esas sentencias laborales de segundo grado, sino de la apropiación para sí o para terceros de elevadas sumas de dinero mediante la adopción de decisiones prevaricadoras.

En conclusión, la crítica reiterada que a lo largo de su escrito -en sus tres acápites- realiza el apelante respecto de la supuesta ilegalidad de los fallos emitidos por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se torna improcedente y lejos está

de desvirtuar la condena emitida en su contra.

4. Análisis probatorio.

No obstante la titulación del apartado, estrictamente el apelante no realiza análisis de prueba alguno, dado que, lo dedica ampliamente a descalificar las conclusiones de la Sala Laboral de Descongestión y, en cambio, a defender la legalidad de sus decisiones, apoyado en jurisprudencia, normas y conceptos laborales, que desde su particular óptica estima guardan relación con cada caso.

Es así como en el evento de LEONEL RIASCOS ÁNGULO sostuvo que dada las fechas en que se produjeron los fallos laborales sobre el mismo asunto (17 de agosto de 1995 –el proferido por el acusado- y 22 de diciembre 2000 emitido por Juzgado Primero Laboral de Descongestión de Bogotá no operaba el principio de la cosa juzgada.

Al respecto precisa la Sala que si se examina con detenimiento la providencia de la Sala Laboral de Descongestión dictada el 29 de noviembre de 2002²¹ se constata que ese no fue el único argumento para la revocatoria de la sentencia emitida por el acusado, pues allí se consignó que:

“(…) pese a lo anterior, la Sala al analizar la totalidad del expediente, observa que las pretensiones incoadas por el apoderado del demandante se fundamentan en la indemnización por despido sin justa causa y salarios moratorios. Como fundamentos fácticos en su demanda plantea el apoderado del demandante, que la demandada debió cancelar la indemnización en el término de 50 días hábiles a partir de la fecha en que se hizo efectivo el despido tal como lo dispone el art. 17 de la CC de T. Extraña esta Sala que el a-quo haya procedido a hacer condenas con base en estos fundamentos cuando la misma Ley y la C. C de T. establecen textualmente la incompatibilidad entre la pensión proporcional de jubilación aquí reconocida y la indemnización (…)

El fundamento de dicho aserto fue el inciso 2° del artículo 9° del Decreto 35 del 3 de enero de 1992, con base en el cual el Presidente de la República dictó normas “(...) sobre el régimen laboral de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación”, que determinó la “incompatibilidad de las pensiones con las indemnizaciones” así: “ Si se paga una indemnización y luego se reclama y se obtiene una pensión, el monto cubierto por indemnización más intereses liquidados a la tasa de interés corriente bancario, se descontará periódicamente de la pensión, en el menor número de mesadas posibles”.

Se consignó igualmente en la citada providencia cómo el párrafo 3° del artículo 150 de la Convención Colectiva de Trabajo, contenía la misma prohibición así: “La indemnización y las pensiones proporcionales por liquidación de la Empresa, legales y proporcionales son incompatibles entre sí. Quien reciba la indemnización y posteriormente tenga una pensión, se entenderá que recibe la indemnización a título de préstamo, el cual será descontado proporcionalmente de la mesada pensional”.

De todo lo cual se desprende que en su conjunto diversos fueron los fundamentos tenidos en cuenta por la citada Corporación para revocar la sentencia materia de consulta dictada por el procesado, hasta el punto que dadas las irregularidades detectadas dispuso la compulsación de copias ante la Fiscalía General de la Nación en orden a la investigación de las conductas penales en que pudieron incurrir las partes intervinientes.

En relación con el caso de NELLY SEGURA de BANGUERA, en el cual en esencia el impugnante refuta los argumentos tenidos en cuenta por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá al revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar sostener empecinadamente la compatibilidad de la indemnización de perjuicios a que fuera condenada la empresa con la pensión igualmente reconocida, basta para la Sala consignar cómo aquél cuerpo colegiado²² al examinar por vía de consulta la sentencia²³ emitida por el acusado al abordar prolijamente los dos sistemas

de extinción del contrato de trabajo (“justas causas” y de “las causas y modos legales”), reguladas para ese entonces en la legislación colombiana²⁴, fundamentó su decisión igualmente en la disposiciones laborales citadas en precedencia²⁵.

Dicha normatividad como quedó expresado, perentoriamente prohíbe la simultaneidad o concurrencia del pago de pensión de jubilación e indemnización a un trabajador, y si ello fue lo realizado por el acusado en la sentencia laboral²⁶ al condenar a la demandada al pago de las suma de dinero indicadas, la lógica consecuencia no podía ser otra, al determinarse la ilegalidad de dicho fallo, que la revocatoria del mismo como lo hizo la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá.

Referente al caso de JOSE MONTAÑO CUERO, el disenso del impugnante se contrae a sostener que bastaba la manifestación del actor en torno a la incorrecta liquidación de su pensión, por no inclusión de factores salariales para que la pretensión prosperara y que el examen de la demanda acorde con el artículo 28 del Código Procesal de Trabajo, faculta exclusivamente al juez de primera instancia y no al de segunda, en orden al examen de la demanda.

Al respecto estima la Sala, que el censor pasa por alto que la sentencia²⁷ precisó en forma amplia y detallada las falencias ostentadas por la demanda incoada por el actor en punto al cumplimiento de lo requisitos establecidos por el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo “(...) ya que en forma contradictoria afirma el demandante que no se incluyeron todos los factores salariales convenidos (...) sin cuantificar las diferencias dejadas de pagar, ni identificar cuáles se pagaron con posterioridad a la liquidación del contrato, violándose de esta forma lo establecido en el artículo 25 del C. P. L (...)”.

Véase igualmente la trascendencia que a los referidos yerros le atribuyó la citada

Corporación, al estar ligado dichos requisitos contenidos en la norma en cita con el derecho de contradicción del demandado y el debido proceso pues le permiten al juez desempeñar su función como tal “(...) ya que su papel no es el de un simple revisor en abstracto de una liquidación sino que tomando como punto de partida las acciones y omisiones que se le indiquen, decide la controversia planteada con referencia a las pruebas que se alleguen con tal fin (...)”.

De ahí que no le asiste razón al impugnante al sostener que no le resultaba dable al citado cuerpo colegiado laboral de segunda instancia incursionar en el campo de los requisitos que debe exhibir la demanda, pues precisamente en virtud de ello consignó: (...) no obstante, por presentarse tan ambiguas las pretensiones incoadas por el actor al igual que los hechos que se fundamentan, no le es posible a la Sala entrar a dilucidar ni a construir hipótesis e interpretaciones, en uno u otro aspecto, a fin de establecer lo querido por la parte demandante (...). ”.

Y si ello es así -se itera- es acorde con la realidad procesal establecida en dicha instancia, pretender obstinadamente darle ahora un manto de legalidad a una sentencia que no cumplió con tan elemental mandato.

Téngase en cuenta que las pretensiones laborales debieron ser rechazadas por el acusado, por falta de causa acorde con lo establecido en el artículo 17728 del Código de Procedimiento Civil -principio de la carga de la prueba- aplicable por analogía dentro del procedimiento laboral, esto es, le incumbía al actor demostrar los presupuestos fácticos fundamento de sus pretensiones, y que era necesaria su demostración.

De donde deviene que los argumentos expuestos por el sentenciador de instancia se ajustan a derecho, pues ha de insistir la Sala que el delito de peculado atribuido al acusado no surge de los fallos laborales dictados en segunda instancia, sino de la circunstancia

de haberse probado que hubo apropiación para sí o para un tercero de cuantiosas sumas de dinero a través de la emisión de decisiones arregladas y contrarias a derecho.

Lo que vislumbra la Corte, es que la exposición argumentativa del impugnante devela un infructuoso afán de amparar las sentencias que dictó –atrás mencionadas– cuando fungía como Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, pretendiendo revestirlas ahora con ribetes de legalidad, de la cual en verdad se alejó palmariamente, fin para el que se sirve de ejercicios dialécticos acompañados de citas jurisprudenciales y doctrinarias que distantes están de lograr su propósito, entendible sólo dentro del marco legítimo de su derecho a hacer uso de los medios de refutación como expresión del debido proceso y del derecho de defensa, pero absolutamente ineficaces e improcedentes dado que en últimas lo perseguido por el recurrente es convertir a esta Sala en una especie de “tercera instancia” en materia laboral.

Confirma el aserto anterior, que el acusado a la hora de disponer los reajustes de pensiones en los diversos trámites laborales, no actuó amparado por la ley y la convención colectiva de trabajo toda vez que condenó a la empresa demandada sin ningún fundamento probatorio y de manera ajena a lo acreditado en las actuaciones laborales.

Recuérdese que la Sala Laboral de Descongestión encontró una serie de irregularidades en las providencias del A quo, al estimar, acertadamente, que carecían de sustento fáctico, probatorio y jurídico.

Análisis en igual sentido realizó la Sala Penal del Tribunal de Buga para determinar la condena, considerando varios aspectos que, al margen de las razones jurídicas que dice el juez laboral tuvo en cuenta para dictar sus fallos, son suficientes para derivar la ilegalidad de los mismos y la consecuente afectación al patrimonio estatal.

En efecto, el fallador de primera instancia concluyó, y lo avala ahora la Corte, que

tanto los hechos como las pretensiones de la demanda fueron genéricas y bastante imprecisas, como para hacer un pronunciamiento sobre las mismas, en claro desconocimiento del artículo 25 del Estatuto instrumental Laboral y 177 del Código de Procedimiento Civil.

En suma, como el anunciado “análisis probatorio” no es tal, ello es más que suficiente para rechazar las apreciaciones genéricas e infundadas expuestas por el recurrente, de las que simplemente se extracta su inconformidad con lo decidido, sin demostrar en esa controversia un error de ponderación en el juicio del a-quo.

5. Atipicidad de las conductas.

En el último capítulo, con el fin de sustentar la “atipicidad de las conductas”, el sindicato GAMBOA VELÁSQUEZ al retomar lo atinente a la supuesta ilegalidad de las decisiones de la Sala de Descongestión, hace un análisis del delito de prevaricato por acción para sostener que aquí no se configuró y asegura que el de peculado por apropiación tampoco se estructuró, por cuanto el juez laboral no tenía la facultad de administrar los bienes oficiales pertenecientes a FONCOLPUERTOS²⁹.

El primer tema, por haber sido tenido en cuenta con antelación, no será abordado de nuevo, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.

En relación con el segundo, el recurrente critica de manera insistente las referencias que se hacen en torno al delito de prevaricato por acción y su incidencia en la decisión de condena por el de peculado por apropiación, afirmando que aunque respecto del primero se declaró la prescripción de la acción penal, no hay duda de que fundamentó la responsabilidad del segundo y por ello es viable que se defienda del mismo, so pena de que se vulneren sus garantías fundamentales.

Pues bien, en asuntos similares al que aquí se debate, la Corte, sobre el mismo problema en discusión anotó³⁰:

“Ninguna razón asiste a la defensora cuando aduce que la prescripción que se generó y decretó en relación con el delito de prevaricato, impide cualquier valoración sobre las consecuencias de allí derivadas, porque a pesar de la prescripción, la conducta generadora del delito no desapareció del mundo fenomenológico, máxime cuando sus efectos trascendieron como medio idóneo para completar la labor delincencial, esto es, defraudar los intereses económicos estatales a través de fallos ilegales que buscaron asegurar pagos no debidos a extrabajadores de la empresa Puertos de Colombia.

”Pero para abundar en razones, se recuerda que la Sala ya ha tenido oportunidad de reflexionar sobre situaciones similares a la aquí alegada, descartando que la prescripción de la acción penal respecto del delito de prevaricato por acción, impida el juzgamiento del peculado por apropiación en favor de terceros que se buscó a través de ese medio. Así se ha señalado:

”El argumento del apelante -según el cual, una vez precluída la investigación por el prevaricato por acción, se hace imposible juzgar y condenar por el peculado por apropiación- conduciría a concluir que el peculado siempre se comete a través de un delito medio, -generalización que no es cierta- y que ontológicamente no se puede escindir la responsabilidad derivada del delito medio y del delito fin y que todos los punibles, de consuno, forman una gran unidad, único espacio en que se puede hacer el juicio de responsabilidad frente a dicha totalidad.

”En el propósito de sacar adelante su hipótesis, el apelante pierde de vista que, una cosa es que no pueda continuarse la investigación ni eventualmente imponerse pena por el posible delito de prevaricato por acción, por haber operado la prescripción de la acción penal; pero otra, muy diferente, es que las consecuencias derivadas de la

ejecución de las sentencias, queden por fuera del reproche penal.

"El instrumento con el cual se cometió el peculado por apropiación en favor de terceros fue el conjunto de las sentencias en que se favorecieron las pretensiones de los demandantes en los procesos ordinarios laborales; pero el que no se pueda predicar la ilegalidad del instrumento -por prescripción de la acción penal- no conduce a que se niegue la existencia del delito producido con el uso del instrumento.

"El razonamiento del recurrente, llevado a otra modalidad delictual a modo de ejemplo, conduciría a afirmar que una vez prescrito el delito del porte ilegal del arma homicida es imposible sancionar el homicidio que se cometió gracias al uso del arma cuya tenencia ilegal no se puede predicar por haber operado el fenómeno extintivo; lo cual raya en el absurdo.

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

"Así las cosas, se concluye frente a este punto que, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato por acción en manera alguna inhibe al juez de pronunciarse respecto del delito de peculado por apropiación, tal y como lo plantea erradamente el recurrente"³¹.

De esta manera, las decisiones emitidas por el juez HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ en materia laboral, pueden ser valoradas como pruebas del medio a través del cual se logró un beneficio injustificado a favor de terceros y en detrimento del patrimonio estatal.

Por lo tanto, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal por el delito

de prevaricato por acción en manera alguna inhibe al juez de pronunciarse, respecto del delito de peculado por apropiación, según lo que plantea erradamente el recurrente.

Cuando tan evidente relación de medio a fin ata esas conductas definidas prescritas, con el resultado que afecta el tesoro público, incontrastable surge la necesidad de auscultar lo primero, pues ontológica, jurídica ni probatoriamente puede hacerse tabla rasa de ellas.

Importa destacar, cómo se logró esa ilícita afectación patrimonial a favor de terceros, establecido como se encuentra que en razón a esa disponibilidad jurídica atribuida al acusado es precisamente por ocasión de las providencias cuestionadas que se faculta la obtención del ilícito provecho por parte de los demandantes en los procesos laborales sometidos a su conocimiento.

Ya en lo que concierne a la disponibilidad jurídica que se pregona del servidor público para efectos de atribuirle el delito de peculado por apropiación, consecuencia de sus decisiones judiciales, no caben los asertos del impugnante que desdicen de ella.

Sobre el tema, basta significar que de manera pacífica y reiterada la Corte ha cimentado la siguiente postura, completamente aplicable al caso que ocupa ahora su atención:

“En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos. Tanto es así que en sentencias judiciales

como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación (FONCOLPUERTOS-Ministerio de Hacienda y Crédito Público), pasaron al patrimonio de los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y del abogado que los representó, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio.

“En esas condiciones, la competencia funcional del Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, la cual le permitía resolver los conflictos laborales entre el Estado y los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, le confirieron la disponibilidad jurídica de las sumas cobradas por prestaciones laborales a la Nación en los casos a que se refiere este proceso, por manera que, la apropiación de tales bienes a favor de terceros, se consumó por razón de las funciones oficiales que cumplía el procesado, de donde se debe concluir que la extracción de dineros de la Nación no estructuró el delito de estafa sino el de peculado por apropiación”³².

Atendiendo ese parámetro jurisprudencial, se tiene que el procesado sí debe responder por el delito de peculado por apropiación, porque en su condición de Juez Laboral desarrolló actos de disposición jurídica sobre bienes del Estado, en el trámite de procesos sometidos a su jurisdicción y competencia, que le imponían un deber funcional al adoptar las decisiones que implicaban una disposición sobre tales bienes o recursos estatales.

En este orden de ideas, frente a la postura del sentenciado en su afán de desvirtuar la posición de la Corte, poco puede agregarse, pues no se encuentran razones para modificarla.

6. Conclusión.

Como se ha advertido en precedencia, en su esfuerzo de derrumbar la esencia

probatoria del fallo del Tribunal, el libelista no es afortunado, pues, olvida que la definición del delito y, particularmente, del elemento doloso que se atribuye haber animado al ex-juez para dirigir su actuación hacia el desfalco de la Nación, opera a través del examen contextualizado y conjunto de todos esos comportamientos procesales, no apenas de las circunstancias que gobernaron la expedición de algunos de los fallos contrarios a derecho.

Porque, aunque en ciertos temas de discusión es posible verificar que el procesado estaba en posibilidad de interpretar las normas en uno u otro sentido, dado que se trataba de aspectos problemáticos no resueltos para el momento de expedir las sentencias, es lo cierto que su actuación opera indiciariamente laxa, lo que permite determinar que sí permitió el adelantamiento de acciones carentes de legitimidad desde su inicio, al punto de emitir sentencias estimativas de las pretensiones; la conclusión no puede ser otra diferente a la de que desplegó un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

Ello, porque del conjunto probatorio -que ni siquiera discrimina el acusado en su escrito de impugnación- se desprende claramente su compromiso, puesto que adoptó decisiones que conllevaron el pago de dineros indebidos a terceros, lo cual nació de una serie de actos inequívocamente dirigidos a tan protervo fin, materializados tanto en el contenido de las sentencias laborales, como en las órdenes de pago.

Resumiendo y concatenando lo consignado en los párrafos precedentes, la Sala no acoge la solicitud del procesado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, en torno a la revocatoria del fallo condenatorio, y como secuela de ello, confirmará en todas sus partes la sentencia dictada el 9 de febrero de 2012 por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga.

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 09 de febrero de 2012, por medio de la cual la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga condenó al procesado doctor HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, como autor responsable del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Con base en el Acuerdo No. 839 del 03 de agosto de 2000 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

2 Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de junio de 2005. Fl. 7

C. 1

3 Fls. 7-8 C.1

4 Fls. 14-16 C 1

5 Fls. 17- 22 C 1. Extrabajadores de la extinta Empresa Puertos de Colombia: JOSÉ MONTAÑO CUERO, LEONEL RIASCOS ÁNGULO, ULDARICO TORRES, LEOVIGILDO GARCÉS ÁNGULO, NELLY SEGURA DE BANGUERA y JUAN SILVESTRE TORRES, originados todos ellos en proceso ejecutivos laborales.

6 Fls. 29- 32 C 1

7 Fls. 197- 216 C 1

8 Fl. 223 C 1

9 Fls.227- 246 C 1

10 Fl.303 C 2

11 Fls. 400- 422 C 2

12 Fls. 510- 529 C 1

13 Fls. 618- 666 C 3

14 Fls. 722- 724 C 3

15 Fl. 728 C 3

16 En soporte de sus asertos, cita y realiza una amplia transcripción de la providencia

de esta Sala, del 10 de agosto de 2010, Radicado N° 34.175.

17 Al efecto, el memorialista trae a colación preceptos de la Constitución Política, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y Códigos Procesal y Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social.

18 Sentencia del 9 de abril de 2008, Radicado N° 29.311, dictada precisamente en proceso adelantado contra la misma persona aquí acusada.

19 Auto del 26 de noviembre de 2003, Radicado N° 17.092.

20 Pronunciamientos del 7 de febrero y 12 de septiembre de 2006, y 5 de diciembre de 2007, Radicados Nos. 24.819, 25.915 y 35.854, respectivamente.

21 Cfr. Fls. 235- 246 cuaderno proceso ordinario laboral LEONEL RIASCOS ÁNGULO

22 Cfr. Sentencia del 23 de diciembre de 2002 Fls. 193- 205 cuaderno ordinario laboral NELLY SEGURA.

23 Del 4 de septiembre de 1995

24 Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, aplicable a las relaciones contractuales particulares, y artículos 48 y 49 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales. Y artículo 61 del C. S. T y artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, respectivamente.

25 Inciso 2° del artículo 9° del Decreto 35 del 3 de enero de 1992 atinente a la incompatibilidad de las pensiones con indemnizaciones. Al igual que el parágrafo 3° del artículo 150 de la Convención Colectiva de Trabajo.

26 Fls. 172- 176 cuaderno ordinario laboral NELLY SEGURA

27 Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, 31 de julio de 2002, Fls. 217- 228, cuaderno ordinario laboral JOSÉ MONTAÑO CUERO.

28 “Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”.

29 También en este capítulo, en la parte final, asevera que por haber sido ya condenado por el delito de enriquecimiento ilícito, se estaría menoscabando la garantía del non bis in ídem; sin embargo, se trata de un aserto que apenas menciona, sin fundamentarlo, ni especificar cuáles son esos hechos por los que supuestamente ya se le condenó. Así las cosas, por elemental sustracción de materia, dicho planteamiento no amerita pronunciamiento alguno por parte de la Sala.

30 Sentencias del 14 de diciembre de 2010, y 16 de marzo y 13 de abril de 2011, Radicados Nos. 35.025, 35.839 y 35.854, respectivamente.

31 Sentencia de 10 de marzo de 2010, Radicado 32.435.

32 Sentencia del 6 de marzo de 2003, Radicado No. 18.021, ratificada en el ya citado fallo del 13 de abril de 2011, Radicado No. 35.854.