

Proceso No. 39.323

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado: acta No. 060-

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 21 de febrero de 2012, la Sala Penal de descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga declaró autor penalmente responsable al doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de Juez 1 Laboral del Circuito de Buenaventura, del delito de peculado por apropiación a favor de terceros. Igualmente, cesó todo procedimiento en su favor por idéntica conducta ante la declaratoria de prescripción de la acción penal.

La Sala resuelve el recurso de apelación propuesto por el procesado.

I. ANTECEDENTES

Hechos y actuación procesal.

1. Ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, a cargo del doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de juez, entre los años 1993 y 1995, se tramitaron los procesos laborales instaurados por los señores Segundo Riascos Torres,

Arquímedes Martínez, José Oscar Candelo, Bernardo Orobio Granja, Fausto Hurtado Lemos y Sixto Riascos, contra el antiguo Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en adelante, Foncolpuertos, por cuyo medio les fueron reconocidas y canceladas una serie de acreencias laborales a las que no tenían derecho, sentencias que no fueron apeladas por Foncolpuertos.

Por expresa disposición del Juez, las actuaciones no se remitieron al superior para surtir el grado jurisdiccional de consulta, por lo que se archivaron y gran parte de las sumas de dinero ordenadas fueron canceladas por el fondo.

2. El Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 524 del 21 de junio de 1999, desarchivó los expedientes con el propósito de someter las actuaciones a consulta ante las Salas de Descongestión Laboral de los Tribunales Superiores de Cundinamarca, Bogotá y Pereira, autoridades que revocaron la totalidad de las sentencias en las que se condenó a Foncolpuertos.

3. Conocidas las distintas decisiones, el 3 de agosto de 2006¹ la Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá ordenó la apertura formal de instrucción en contra de Harold Gamboa Velásquez, como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo con el de peculado por apropiación y “cualquier otro delito contra la administración pública²”.

4. Con resolución de la misma fecha³ declaró la conexidad procesal dentro de los procesos adelantados por Fausto Antonio Hurtado Lemos, radicado 15666; Bernardo Orobio Granja, radicado 15652; Sixto Riascos Riascos, radicado 15825; Arquímedes Martínez, radicado 15813; José Oscar Candelo, radicado 15652 y Segundo Riascos Torres, radicado 15667.

5. El 29 de enero de 2007, se le declaró persona ausente y se le designó defensor de oficio⁴.

6. El 29 de febrero de 2008⁵ se resolvió situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva, por el concurso de delitos de peculado por apropiación y se le negó la libertad provisional. En la misma decisión, precluyó la investigación por los punibles de prevaricato por acción, ante la prescripción de la acción penal.

7. El 30 de enero de 2009⁶ la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Gamboa Velásquez como presunto autor del concurso de peculados por apropiación a favor de terceros agravado, precisando al respecto que “concorre la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el artículo 66 - 7 del Código Penal de 1980, y también en el artículo 58 - 10 de la legislación actual, como quiera que en el obrar del actor existió coparticipación criminal. Además de lo anterior y atendiendo a que la cuantía superó los 87.71 salarios mínimos legales vigentes cuya punibilidad se encuentra entre cuatro a quince años de prisión como pena principal⁷”.

8. El 21 de febrero de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala de Descongestión, profirió sentencia en contra del acusado y le impuso 72 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, multa de \$10.146.893.26, perjuicios materiales por valor de \$10.146.893.26, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁸.

Igualmente, cesó todo procedimiento en su favor por el mismo delito, por prescripción de la acción penal, respecto de las conductas generadas dentro de los procesos laborales adelantados por Segundo Riascos Torres, Arquímedes Martínez, Bernardo Orobio Granja, Fausto Hurtado Lemos y Sixto Riascos Riascos.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De la prescripción.

1. El Tribunal consideró que al haber sido modificado el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, con la entrada en vigencia de la Ley 190 de 2009

, se debía atender la atenuación punitiva consagrada en aquella norma en aquellos casos en que el monto de lo defraudado no superara los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para efectos de establecer el término de prescripción de la acción penal, que en la fase instructiva es de 10 años. En éstas condiciones, destacó el juez de primera instancia que:

i) Con sentencia del 17 de agosto de 1995 se aceptaron las pretensiones de Segundo Riascos Torres a quien se le reconoció la suma de \$3.919.358.17, dineros que le fueron desembolsados con oficio del 229 del 16 de octubre de 1996.

ii) Con sentencia del 25 de abril de 1994 se aceptaron las pretensiones de Arquímedes Martínez cuyo monto ascendió a \$1.130.591.08, cancelados con oficio del 9 de agosto de 1994.

iii) Mediante sentencia del 19 de mayo de 1993, accedió a las pretensiones de Bernardo Orobio Granja, por valor de \$3.380.370, pagados con oficio del 7 de octubre de 1993.

iv) Mediante sentencia del 25 de abril de 1994 a Fausto Hurtado Lemos le canceló la suma de \$3.955.239.12, según oficio del 20 de septiembre de 1994.

v) Con sentencia del 15 de junio de 1994 se aceptaron las pretensiones de Sixto Riascos Riascos a quien se le reconoció la suma de \$3.063.953.94, suma que se le canceló con oficio del 2 de agosto de 1994.

En criterio del Tribunal, tales conductas prescribieron antes de que se emitiera la resolución de acusación, toda vez que las sumas canceladas, no superan los 50 salarios

mínimos legales mensuales vigentes para aquella época y transcurrieron más de 10 años desde el momento de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la resolución de acusación, por tanto, se debe declarar la prescripción de la acción penal frente a aquellas.

El proceso adelantado por José Oscar Candelo

1. Para la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga, se reunieron los presupuestos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar al doctor Gamboa Velásquez, como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por virtud del detrimento patrimonial que sufrieron los bienes estatales ante la disponibilidad jurídica que tuvo de los mismos el ex juez acusado cuando profirió la decisiones dentro del proceso laboral, seguido a instancia de la demanda presentada por José Oscar Candelo, a quien con sentencia del 17 de enero de 1995 le decretó el reajuste de la pensión de jubilación reconocida mediante resolución número 001289 del 28 de noviembre de 1983, fijándola en \$140.455.53 y para el año 1995 en \$182.310.41; asignándole además el pago de \$5.882.545.91, por la diferencia generada con el reajuste ordenado a partir del 14 de abril de 1991.

De igual forma, por auto del 25 de enero de 1995, fijó las agencias en derecho en cuantía de \$1.676.526 a favor del demandante, dineros que le fueron cancelados mediante oficio número 162 del 28 de febrero de 1996 por valor de \$10.146.893.

2. Una vez el A quo determinó la cuantía, destacó la contrariedad de las decisiones con el ordenamiento jurídico, pues a la demanda presentada por el ex trabajador le aplicó la Convención Colectiva de trabajo cuando aquella no había comenzado a regir al momento de su desvinculación y profirió la condena con base en hechos nuevos, no alegados ni discutidos, realizando reajustes con factores no constitutivos de tal incremento.

3. A pesar de los insalvables defectos sustanciales que tenía la demanda laboral, el juez acusado se dio a la tarea de acomodarla para fallar, contradiciendo con ello la ley.
4. Respecto del tema de la disponibilidad jurídica, consideró el Tribunal, que aunque el ex funcionario no ejercía la administración y custodia de las sumas que ordenó pagar, su condición de juez laboral lo hizo entrar en relación directa con los dineros de Foncolpuertos, luego las decisiones proferidas habilitaron la disposición ilegal y fraudulenta del patrimonio de tal entidad, al emitir órdenes dirigidas a que se pagaran sumas de dinero, lo que constituye el delito de peculado por apropiación.
5. El juicio de responsabilidad lo construyó con los distintos elementos de prueba allegados a las diligencias por cuyo medio estableció que las decisiones adoptadas por el acusado ante la jurisdicción laboral, no fueron producto de diferencias de criterios o posturas interpretativas acerca de los derechos reclamados, sino de su conducta mal intencionada de desviar la legalidad de los pronunciamientos, al reconocer prestaciones huérfanas de sustento fáctico, probatorio y jurídico.
6. Finalizó el Tribunal su argumentación, destacando los indicios graves de presencia, oportunidad y capacidad para delinquir que convergen en contra del acusado, pues aprovechando su condición de juez laboral tomó decisiones contrarias a la ley, proceder con el que contrarió ostensiblemente los principios que orientan la función jurisdiccional, como son la responsabilidad, eficacia, transparencia, lealtad, imparcialidad, independencia, buena fe y solvencia moral, afectando el funcionamiento de la administración de justicia, sin que se vislumbre en su favor la presencia de alguna de las causales de ausencia de responsabilidad.

III. LA IMPUGNACIÓN

A cargo del procesado:

i. La consulta

a) Sostiene que Puertos de Colombia era una Empresa Comercial del Estado y el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, un establecimiento público, estamentos frente a los que no operaba la obligación de agotar la consulta, luego haberla omitido, no constituye una actuación ilegal.

En tales condiciones, las ordenes impartidas por el Consejo Superior de la Judicatura al disponer el desarchivo de todos los procesos fallados en contra de Foncolpuertos, actuaciones que habían hecho tránsito a cosa juzgada, quebrantó el debido proceso ya que aquellas son funciones que solo competen al legislador, sin que un acto administrativo pudiera habilitarlos para tomar decisiones en esos procesos, ya que ni la Carta Política ni la Ley Estatutaria lo facultan para modificar la competencia territorial.

Ello lo lleva a señalar, tras extensas citas jurisprudenciales, que los Tribunales que conocieron de la consulta, carecían de competencia territorial para tomar cualquier decisión.

ii) Análisis probatorio

a) Luego de advertir las inconsistencias de la decisión tomada por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que revocó la sentencia proferida dentro del proceso adelantado a instancias de José Oscar Candelo, sostiene que el haber aplicado las normas de la Convención Colectiva de Trabajo cuando aun no había entrado en vigencia aquella, constituye un simple error que no tiene incidencia en la sentencia de fondo, por cuanto este tipo de convenciones no son las únicas que contienen los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar las pensiones, pues factores tales como los derechos mínimos y la ley, pueden simultáneamente tenerse en cuenta atendiendo el principio de favorabilidad.

Agrega que al ser el demandante un trabajador oficial, era imperativo ajustar su pensión atendiendo los factores proporcionales de primas y cesantías devengados en el último año, y de allí la prosperidad de su reclamo.

iii) La atipicidad de las conductas

a) Asegura el acusado recurrente que resulta equivocada la tesis adoptada por el Tribunal, al considerar que las conductas investigadas se ejecutaron con dolo, pues las sentencias laborales se profirieron conforme a las pruebas presentadas y con estricto apego a la ley y la jurisprudencia vigente en aquella época.

b) El hecho que sus decisiones se califiquen de desacertadas, no las convierte en prevaricadoras, referencia necesaria pues fue producto de aquellas en que se edificó el juicio de responsabilidad en los delitos de peculado por apropiación por los que fue juzgado.

c) En su criterio, no es acertada la interpretación judicial que establece la disponibilidad jurídica de los bienes oficiales en cabeza de los jueces, pues ello los convierte en administradores de los mismos y, por tanto, les permite su apropiación, análisis que no resulta aplicable a los operadores judiciales, pues precisamente las condenas hacen parte de una decisión judicial que se profiere por administrar justicia. En tal sentido, si la decisión es contraria a la ley y la sanción penal por este comportamiento se tipifica como prevaricato, el peculado por apropiación en estos eventos deviene en una conducta atípica.

d) Advierte finalmente que el 12 de marzo de 2002 fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito, sin que exista “prueba alguna que demostrara su conexión con algún otro delito contra la Administración Pública”, por lo que concluye que el peculado por el que se le acusa no se quedó en la impunidad y que una nueva condena por idéntica conducta violaría el principio del *non bis in idem*, por lo que demanda la

revocatoria de la condena impuesta en su contra para en su lugar dictar una sentencia de carácter absolutorio.

CONSIDERACIONES

1. La competencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a desatar el recurso de apelación, conforme a lo reglado por los artículos 75.3 y 76.2 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, por tratarse de una decisión proferida en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en un proceso adelantado contra un ex Juez de la República, por conductas realizadas en ejercicio de sus funciones.

Con expresa observancia de los principios de limitación y no reforma en peor, contenidos en los artículos 31 de la Carta Política y 204 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Sala se detendrá en los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados.

2. La acusación.

La imputación fáctica.

La Fiscalía General de la Nación, en resolución de acusación así los refirió:

“...narran las diligencias que estando el ex funcionario en mención en ejercicio de funciones como Juez del Circuito laboral de Buenaventura se pronunció en relación con una serie de procesos para el caso de autos, todos los aquí conexos a través de los cuales definió pretensiones de diverso orden por parte de varios empleados de la extinta Foncolpuertos, decisiones todas estas que a la postre resultaron con un tinte

prevaricador....

(...)

En virtud de las aludidas sentencias el Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia procedió a los respectivos reajustes pensionales reconociendo mesadas atrasadas, agencias en derecho, todo ello a través de nómina y notas débito conforme a las resoluciones que en autos reposan provenientes del Ministerio de protección (sic) social (sic), grupo interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia...10”

La imputación jurídica.

Con estricta correspondencia con los hechos relatados acusó al doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, tras advertir que:

“...en materia de responsabilidad bastará con indicar que definitivamente el mismo faltó a sus deberes de lealtad para con la administración de justicia con un interés explícitamente ordenado a quebrantar la ley y el derecho en cada una de las causas sometidas a su conocimiento con las que a la postre beneficiaría a terceros, llevándose de paso por delante la idoneidad y probidad que deben acompañar las decisiones judiciales generando con su contrariedad numerosos reconocimientos que la empresa portuaria hizo a cientos de trabajadores sin que mediara una justa causa consiguiente de contera el despilfarro y derroche del Erario público a través de las incontables erogaciones y desfalcos que fueron de público conocimiento y que afectaron concretamente en su patrimonio a la extinta Foncolpuertos, concretándose definitivamente el peculado a favor de terceros que se viene predicando en este pronunciamiento....”(negrilla fuera de texto).

3. Cuestión previa

3.1. En principio, la Sala estima necesario precisar al recurrente que el delito por el cual se le condenó fue exclusivamente por peculado por apropiación en favor de terceros; reseña que se realiza al advertir que gran parte del recurso lo dedica a cuestionar la sentencia de primera instancia sobre la base de no encontrar acreditada la ejecución de conductas prevaricadoras, cuando lo cierto es que aquellas, por virtud de la declaratoria de prescripción de la acción penal, no comprometen el estudio de la Sala. Con ese entendimiento, abordará el recurso.

3.2. Dentro de los múltiples planteamientos elevados por el acusado, uno de ellos, conllevaría a la cesación de procedimiento; de ahí que la Sala brinde respuesta en primer lugar al reparo fundado en la presunta vulneración del principio del non bis in ídem, pues alega (sin ningún sustento) que ya cuenta con una condena en la que se le sancionó por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, y que a su juicio subsume el delito de peculado por apropiación.

3.3. Abiertamente desdibujado se ofrece el reproche y de ahí la improsperidad de su reclamo, ya que cada uno de estos tipos penales está dirigido a sancionar aspectos diferentes del accionar delictivo, con mayor razón cuando en el peculado por apropiación a favor de terceros, no se envuelve ninguna consecuencia jurídica originada en que tal actividad haya beneficiado económicamente al ex-juez como para que se pueda afirmar que se trata de una doble punición respecto del mismo comportamiento.

3.4. Dígase que, en este evento se sanciona al ex juez Gamboa Velásquez por haber puesto en manos de terceros -ex trabajadores de Foncolpuertos- de manera injustificada, dineros pertenecientes al erario público, en tanto que con la actuación adelantada por el punible de enriquecimiento ilícito y que finalizó el 12 de marzo de 2002 con el proferimiento de sentencia condenatoria, se le declaró responsable por el incremento

patrimonial injustificado por esa misma época. Tal conclusión corrobora, que se sancionan conductas punibles diferentes por la afectación de bienes jurídicos independientes, cada una con elementos propios que imposibilitan predicar la vulneración alegada por lo que este primer reparo se presenta infundado¹¹.

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

4.1. Sobre el aspecto objetivo del delito, es considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso cuya descripción típica tiene la siguiente estructura básica:

- i) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, aspecto que no ofrece ninguna controversia, y,
- ii) Que se abuse del cargo o de la función apropiándose o permitiendo que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

El acusado, en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, desarrolló actos de disposición jurídica sobre dineros públicos en el trámite de un proceso sometido a su jurisdicción, que le implicó adoptar decisiones dirigidas a disponer de los recursos estatales; o, lo que es lo mismo: el entonces juez, valiéndose de su condición de servidor público y de manera ilegal puso en las arcas de terceros dineros del Estado.

4.2. Sobre el alcance de la norma jurídica, la Corte ha señalado:

“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.”¹².

4.3. Ahora bien, el desmedro del erario público fue plenamente establecido en el proceso al obtenerse la relación de los dineros que por mandato expreso del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, cuyo titular para la época de los hechos era el funcionario acusado, fueron cancelados.

4.4. Y, tan abruptas e ilegales se ofrecieron las órdenes impartidas, que el área del Sistema Nacional de Pagos del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en cumplimiento de lo ordenado por los Tribunales Superiores de Descongestión, revocó la reliquidación e indemnización concedidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura.

4.5. Por ello y frente a este panorama, importa destacar que el comportamiento realizado por el acusado estuvo destinado a la apropiación de dineros públicos y con tal fin, aprovechando su poder de disposición jurídica sobre aquellos, profirió las decisiones contrarias a la ley, que permitieron el desfalco estatal.

4.6. En tales condiciones ninguna vocación de éxito tiene la hipótesis que plantea el procesado, al pretender desligar su responsabilidad por las sumas canceladas, pues basta

con revisar las pruebas allegadas, para establecer que los dineros liquidados y cancelados a favor de José Oscar Candelo, fueron producto del ilegal reajuste que en su momento ordenó el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura dentro de aquel proceso.

4.7. A la Sala se le ofrece oportuno recordar, que fue justamente por el conocimiento que otras autoridades judiciales de mayor jerarquía tuvieron de las sentencias de primera instancia proferidas por el juez acusado, que se puso en evidencia la ilegalidad de las providencias producto de las cuales ingresaron sistemáticamente al patrimonio de terceros dineros del Estado, que los enriquecieron de manera injustificada por carencia de causa.

Todo ello demuestra que su responsabilidad no radica en la apropiación para sí de dineros públicos, pues de haberse acreditado tal circunstancia se mudaría la calificación de peculado en provecho de terceros a peculado en provecho propio, que no fue la conducta delictiva por la que se le acusó.

4.8. En lo que toca con las censuras del recurrente, consistentes en que la consulta sólo estaba determinada para las condenas contra la Nación, los departamentos o los municipios, encontrándose excluidas las entidades descentralizadas como Foncolpuertos; y que el proceso de descongestión ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura fue irregular, la Sala constata que carecen de fundamento.

Los fallos laborales, proferidos como consecuencia del grado jurisdiccional de consulta están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad y no pueden ser controvertidos por el procesado solo por la simple inconformidad con su contenido o por su desacuerdo frente a las órdenes administrativas que dispusieron el proceso de descongestión en cuyo marco se profirieron.

Es más, la decisión impugnada no se ocupó del tema porque -se insiste- la condena

versa sobre el punible de peculado por apropiación de terceros, no por el de prevaricato.

Ahora, en punto a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, esta Sala ha sostenido:

“Al respecto, la Corporación ha decantado cómo el Consejo Superior de la Judicatura está facultado para la implementación de programas de descongestión y refiriéndose a la designación de jueces o tribunales para atender los casos asociados a la liquidación de Foncolpuertos, estableció:

‘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’¹³.

En tal sentido, el artículo 63 de la Ley 270 de 1996, vigente en la época de implementación del programa de descongestión referido, disponía:

‘ARTÍCULO 63. DESCONGESTIÓN. 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’.

La anterior regla autorizaba a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a redistribuir los asuntos entre los diferentes tribunales y despachos judiciales que se encontraran al día, tal como acaeció en el caso bajo examen. Con posterioridad, esa Corporación continuó el programa de descongestión de los procesos de Foncolpuertos, renovándolo y ampliándolo por varios años a través de diversos actos administrativos.

Obviamente, la facultad de redistribuir los asuntos entre los diferentes tribunales y despachos judiciales comportó su envío momentáneo a otra sede territorial, luego de lo cual regresaron al juzgado de origen para surtir la notificación y actuación subsiguiente, sin que ello comporte 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.

Lo anterior, con mayor razón, si se considera que la norma referida para demostrar el presunto desbordamiento del marco legal por parte del Consejo Superior de la Judicatura al asignar la competencia territorial para conocer el grado jurisdiccional a los tribunales de Pereira y Bogotá se expidió con posterioridad a la implementación de programa de descongestión de Fonculpuertos.

En efecto, sólo con la Ley 1285 de 2009, modificatoria del artículo 63 de la Ley 270 de 1996, se dispuso que la redistribución de procesos en virtud de programas de descongestión debía acompañarse con la competencia territorial. Por tanto, cuando se ordenó la consulta para los procesos laborales objeto de esta investigación, no existía ninguna limitante al respecto.

Aún más, al efectuar la revisión previa de la modificación de la ley estatutaria de administración de justicia, en punto de la naturaleza jurídica de los jueces de descongestión, la Corte Constitucional señaló cómo el Consejo Superior de la Judicatura puede determinar su ámbito de acción territorial, sin que ello comporte vulneración de ninguna garantía,

‘Así mismo, 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 pre-existencia 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’¹⁴.

El anterior criterio jurisprudencial descarta la irregularidad referida por el apelante y evidencia cómo las sentencias C-392 y 393 de 2000 de la Corte Constitucional, citadas para apuntalar una supuesta afectación de garantías fundamentales, no aplican al caso por cuanto no se refieren a jueces de descongestión sino a la creación y adjudicación de competencia a los jueces especializados.”¹⁵

De manera que, al conservar plena vigencia estas consideraciones, carece de sustento la inconformidad del recurrente sobre la improcedencia de la consulta frente a las sentencias proferidas en contra de Foncolpuertos y torna inadecuada una nueva discusión frente a tal punto.

4.9. No se puede desconocer que fue el propio procesado quien negó con su decisión la posibilidad de acudir al grado jurisdiccional de consulta disponiendo, con cargo al erario público, la reliquidación de una pensión y el reconocimiento de una indemnización inexistente, que terminó por defraudar el patrimonio del Estado.

4.10. Dígase, además, que los argumentos con los que pretende sostener que las irregularidades advertidas no existieron, o la falta de competencia de los Tribunales de Descongestión, para conocer de todos los procesos, no constituyen más que su propósito obstinado de insistir en un tema que fue ya resuelto con carácter de cosa juzgada por la justicia laboral.

La legitimidad del grado jurisdiccional de consulta, las facultades del juez al momento de fallar un proceso, los criterios de aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, el deber de precisión y claridad en la determinación de las pretensiones, así como la obligación de probar lo que se demanda, son mandatos 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.

4.11. Situación distinta es que ante el hallazgo de tal conjunto de irregularidades, cometidas todas por el procesado Harold Gamboa Velásquez, se haya beneficiado indebidamente el demandante, en perjuicio de la Nación – Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, pues fue ese modus operandi el que permitió la masiva defraudación a los bienes estatales, cuando los ex trabajadores portuarios o sus familias, a través de distintas demandas, se hicieron a ilegales reconocimientos de prestaciones sociales con la participación, entre otros, de funcionarios judiciales que hicieron caso omiso de la ostensible improcedencia de sus pretensiones.

4.12. La aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo cuando aquella no había comenzado a regir al momento de la desvinculación del trabajador y los reajustes ordenados teniendo en cuenta hechos nuevos, no alegados ni discutidos, permiten concluir que el procesado manipuló el contenido de la demanda y falló con desconocimiento de la ley, la jurisprudencia laboral y lo probado en el proceso, actuación con la que terminó disponiendo de bienes del Estado a favor de terceros.

En conclusión, la Sala encuentra satisfechos los elementos objetivos que estructuran esta conducta penal, pues i) la condición de servidor público del ex juez está probada; ii) abusó del cargo y entró en relación de disponibilidad jurídica sobre bienes del Estado; iii) dispuso de tales bienes y, iv) logró con su comportamiento un

provecho ilícito a favor de terceros.

4.13. Frente al aspecto subjetivo, determinado por el provecho ilícito que persigue el servidor público en su propio beneficio o en el de un tercero, resulta irrefutable que se trataba de una verdadera empresa criminal en donde los abogados y ex trabajadores presentaron demandas con pretensiones inadmisibles; sin embargo, el aporte del funcionario judicial fue vital, pues al tener la disponibilidad jurídica de los dineros, fue quien dictaminó en cada uno de los procesos la prosperidad de las pretensiones, la entrega de los títulos judiciales y la modificación de las nóminas pensionales con las que se defraudaron las arcas públicas.

4.14. En tales condiciones, las pruebas recaudadas permiten concluir que el doctor Gamboa Velásquez, con pleno conocimiento y voluntad de su ilícito proceder, realizó la conducta por la que fue acusado; comportamiento doloso que se advierte en la forma como falló el proceso laboral, con la intención inequívoca de defraudar el patrimonio estatal, desconociendo las disposiciones sustanciales y procesales que regulan la materia, lo que prueba el elemento subjetivo del injusto.

4.15. La administración pública sufrió un grave quebranto con la actividad judicial realizada por el ex juez quien en una clara muestra de un ejercicio abusivo del poder que le otorgaba el cargo y las funciones a él discernidas, dispuso en forma ilícita de los dineros de la Nación – Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, Foncolpuertos.

4.16. Se concluye, entonces, que no resultan de recibo ninguno de los argumentos expuestos por el apelante y, por las razones anunciadas, las que se incorporan a las expuestas por el A quo, la Sala ratificará el fallo impugnado en cuanto se declara penalmente responsable al doctor Harold Gamboa Velásquez por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Cuestión final

La Sala lamenta, la abierta desatención del Tribunal al momento de evaluar las pruebas en torno a las cuantías a tener en cuenta respecto de las conductas peculadoras, por las que fue investigado el procesado, pues desconoció que en aquellos casos en los que se ordenó el pago de sumas periódicas o indexadas, la defraudación al Estado no se limitó a lo dispuesto en el fallo, sino a las sumas de dinero que producto de tales sentencias, mes a mes, se cancelaron durante años como así lo certificó el área del Sistema Nacional de Pagos del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en la mayoría de los procesos. Sin embargo, el desconcertante desinterés de los sujetos procesales ante esta situación, tampoco permitió que la Corte pudiera conocer del asunto para enmendar el yerro, pues en atención al principio de limitación, su competencia, como se anunció, estaba restringida a los temas objeto de disenso, los que fueron decididos con ocasión del recurso interpuesto.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 14-16 cuaderno 1.

2 Así lo indicó.

3 Folios 21-26 cuaderno 1.

4 Folios 29-35 íd.

5 Folios 36-54 íd.

6 Folios 152 a 171 íd.

7 Folio 85 cuaderno 1.

8 Folios 472-508 cuaderno 2.

9 ARTICULO 133. PECULADO POR APROPIACION. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000> <Modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995: El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salario mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2). (subraya fuera de texto)

10 Folios 76 y 77 cuaderno 1.

11 En idéntico sentido y frente a similar pretensión ya la Sala sentó su criterio en sentencias 37419 del 23 de mayo de 2012 y 37430 del 30 del mismo año.

12 Sentencia del 6 de marzo de 2003, Radicado 18.021.

13 Cfr. Sentencia del 19 de octubre de 2006, Rad. No. 25804.

14 Cfr. Sentencia C-713 de julio 15 de 2008.

15 Cfr. Sentencia del 6 de junio de 2012, radicado 38.454.