

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP740-2015

Radicación n° 39417

Aprobado mediante acta n° 32

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015).

Resuelve la Sala lo que corresponde respecto de los recursos de apelación interpuestos por el procesado, el Ministerio Público y la Fiscalía, contra la sentencia proferida el 28 de marzo de 2012, por medio de la cual la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga declaró penalmente responsable a Harold Gamboa Velásquez, ex Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, por la comisión de delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, lo absolvió por otro y ordenó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal por una conducta idéntica.

HECHOS

En el Juzgado 1º. Laboral del Circuito de Buenaventura, de cuyo despacho era titular entre los años de 1993 y 1995 el doctor Harold Gamboa Velásquez, se tramitaron los procesos ordinarios laborales promovidos por Sergio Hurtado, Ernesto Reyes Cortés, Benito González Viveros, Ferney Ríos Ramírez y Gabriel Ángel Valencia Candelo, contra el antiguo Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, actuaciones que culminaron con fallos mediante los cuales ordenó cancelar a esa entidad una serie de acreencias laborales, a las cuales los demandantes no tenían derecho.

Sometidas dichas determinaciones al grado jurisdiccional de consulta conforme a lo dispuesto en el Acuerdo número 1433 del 21 de mayo de 2002 por el Consejo Superior de la Judicatura, fueron revocadas por las Salas Laborales de Descongestión de los Tribunales Superiores de Bogotá y Pereira, al considerarlas contrarias al orden jurídico, para en su lugar, absolver a la entidad oficial demandada de las pretensiones invocadas.

No obstante, la accionada, mientras estuvieron vigentes las sentencias mencionadas, canceló los pagos que el ex juez le ordenó con base en sentencias infundadas.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 2 de junio de 2005, la Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá dispuso la apertura de indagación preliminar¹ y el 16 de abril de 2007 investigación penal contra del ex juez Harold Gamboa Velásquez, por la probable comisión de los delitos de prevaricato por acción y peculado y cualquiera otro conexo con ellos que pudiera tipificarse. ²

En la misma decisión dispuso su vinculación mediante indagatoria y con tal fin libró orden de captura en su contra.

2. En la última fecha, en el proceso 15.571, en el cual se investigaba las conductas

ilícitas cometidas dentro del proceso ordinario laboral promovido por Benito González Viveros, se decretó la conexidad procesal de las investigaciones adelantadas contra el mismo implicado, por la probable comisión de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción, con ocasión de los procesos laborales propuestos por Sergio Hurtado (rad. 15862), Ferney Ríos Ramírez (rad. 16420), Gabriel Ángel Valencia Candelo (rad. 16424) y Ernesto Reyes Cortés (rad. 16414)³.

3. Vinculado el inculcado a través de la declaratoria de persona ausente⁴ y siéndole asignado un defensor de oficio, el 23 de noviembre de 2007⁵ la fiscalía le resolvió su situación jurídica, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por la probable comisión del concurso sucesivo y homogéneo de conductas punibles de peculado por apropiación a favor de terceros y peculado por apropiación en grado de tentativa, agravados.

En la misma providencia, decretó la preclusión de la investigación a favor del encausado, como consecuencia de la prescripción de la acción penal derivada del delito de prevaricato por acción.

4. Cerrada la investigación⁶, el 23 de junio de 2008 la fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Harold Gamboa Velásquez⁷, por la presunta comisión de cuatro conductas de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo con un delito de tentativa de peculado por apropiación a favor de terceros, presuntamente cometidos con ocasión de los siguientes asuntos laborales:

-Rad. 15571. BENITO GONZÁLEZ VIVEROS: «artículo 397-2 de la Ley 599 de 2000».

-Rad. 15862. SERGIO HURTADO HURTADO: «artículo 133-1 del Decreto 100 de 1980».

-Rad. 16420. FERNEY RÍOS RAMÍREZ: «artículo 19-3 de la Ley 190 de 1995, que modificó el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 (del modo regulado también en el artículo 397-2 del Código Penal vigente).

-Rad. 16424. GABRIEL ÁNGEL VALENCIA CANDELO: «Igual tipicidad descrita en el párrafo que precede».

-Rad. 16414. ERNESTO REYES CORTÉS: «en el grado de tentativa (...) artículo 2133-3 (sic), pero modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995».

La anterior determinación alcanzó ejecutoria el 30 de julio de 20088.

5. El 7 de julio de 2010, se realizó la audiencia preparatoria, en la cual se decretaron las pruebas pedidas por la defensa y por la Fiscalía. Luego, en sesiones del 18 de agosto⁹ y 19 de octubre de 2010¹⁰, así como el 15 de febrero¹¹ y 18 de mayo de 2011¹², se llevó a cabo la correspondiente audiencia pública.

6. El 28 de marzo de 2012¹³, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga profirió sentencia contra el procesado, imponiéndole la pena principal de 76 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo término, multa de \$266.183.309,76, e igual monto por concepto de perjuicios materiales a favor del Fondo Pasivo Social de FONCOLPUERTOS-, tras ser declarado culpable del concurso de tres delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, originados en los procesos ordinarios laborales propuestos por Benito González Viveros, Ferney Ríos Ramírez y Gabriel Ángel Valencia Candelo.

Igualmente, decretó la cesación de procedimiento a favor del implicado por prescripción de la acción penal de un delito de peculado por apropiación a favor de

terceros, generado dentro del asunto laboral promovido por Sergio Hurtado Hurtado y lo absolvió de un cargo de tentativa de peculado por apropiación a favor de terceros, surgido en la causa laboral a nombre de Ernesto Reyes Cortés¹⁴.

Dicha decisión fue objeto apelación por parte del procesado y los representantes del Ministerio Público y de la Fiscalía.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal examinó la prescripción de la acción penal, respecto del delito de peculado por apropiación, originado en el proceso ordinario laboral a nombre de Sergio Hurtado Hurtado, señalando que según el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, modificatorio del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, «si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena (de 6 a 15 años) se disminuirá de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes», eso significa, en el caso concreto, que la acción penal prescribió antes del 30 de julio de 2008, fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, teniendo en cuenta la apropiación, por un valor inferior al indicado en la norma citada, se verificó el 7 de enero de 1994.

De otra parte, sostuvo que no se demostró la existencia del punible por el que fue acusado Gamboa Velásquez (peculado por apropiación a favor de terceros en grado de tentativa), en razón del asunto laboral que resultó a favor de Ernesto Reyes Cortés, debido a que en el expediente no se encontró orden de pago que hubiese impartido el procesado, en la cual hubiera dispuesto una indebida apropiación de los recursos públicos en razón de la sentencia laboral de 15 de agosto de 1995, emitida por éste a favor del demandante, es decir, que no obraba prueba de cancelación de los dineros ordenados de manera ilegal por el encausado en la referida sentencia a favor del demandante o de cualquier otra persona, razón por la cual absolvió a Gamboa Velásquez por este específico cargo.

Por último, después de referirse a la tipicidad del delito de peculado por apropiación en favor de terceros (artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el 19 de la Ley 190 de 1995), señaló que los elementos estructurales de la conducta se encontraban plenamente demostrados, pues se probó que un servidor público -para el caso un Juez de la República-, permitió la apropiación por parte de terceros de bienes de Empresas del Estado, al ordenar el pago indebido de sumas de dinero a las cuales no tenían derecho Benito González Viveros, Ferney Ríos Ramírez y Gabriel Ángel Valencia.

Se refirió a las sentencias del juez laboral y destacó que ante su ostensible ilegalidad fueron revocadas por las Salas Laborales de Descongestión de los Tribunales Superiores de Bogotá y Pereira, en la medida que disponían arbitraria e ilegalmente el pago de prestaciones con el exclusivo interés de favorecer a demandantes que no tenían derecho a ellas, afectando así el patrimonio del Estado.

Consideró que si bien el acusado no tenía de manera permanente la tenencia, administración o custodia de los dineros públicos, lo cierto es que en razón de sus funciones jurisdiccionales, ostentaba una relación de disposición funcional o disponibilidad jurídica transitoria, de la cual se aprovechó para disponer mediante decisiones judiciales de bienes del Estado en favor de terceros, según lo ha señalado reiteradamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en asuntos similares.

Destacó, igualmente, que al optar por una línea de interpretación que los Tribunales Superiores revocaron ante su evidente ilegalidad, demuestra la libre y voluntaria decisión del procesado de menoscabar las finanzas públicas, como lo confirma el haber reconocido y ordenado pagar a favor de los demandantes prestaciones y pagos por indemnización moratoria sin ningún sustento fáctico, probatorio y mucho menos jurídico, pese a tener una trayectoria profesional que le

permitía no adoptar esa decisión y obrar de acuerdo con el orden jurídico y no contra él.

Recalcó que el proceder del implicado contrarió los principios que orientan la función pública: responsabilidad, eficacia, economía, lealtad, buena fe, transparencia, lealtad, imparcialidad e independencia, afectando el funcionamiento de la administración de justicia y soslayando la confianza pública en él depositada, sin que se vislumbrara en su favor alguna de las causales de ausencia de responsabilidad.

En tales condiciones, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga condenó al doctor Harold Gamboa Velásquez a la pena principal de 76 meses de prisión, igual periodo de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa en cuantía de \$266.183.309,76 así como a la indemnización de perjuicios materiales por el mismo valor a favor del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, como autor responsable del concurso de tres delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, respecto de los procesos ordinarios laborales adelantados por Benito González Viveros (rad.15571), Ferney Ríos Ramírez (rad. 16420) y Gabriel Ángel Valencia Candelo (rad. 16424), negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Cesó el procedimiento por prescripción de la acción penal en relación con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, originado en el proceso laboral instaurado por Sergio Hurtado Hurtado (rad. 15862), y lo absolvió del cargo de tentativa de peculado por apropiación a favor de terceros, que le imputara la Fiscalía, respecto de los hechos atribuidos en el asunto laboral demandado por Ernesto Reyes Cortés.

LA IMPUGNACIÓN

La anterior decisión fue recurrida por el sentenciado Harold Gamboa Velásquez,

por el representante de la Fiscalía y el agente del Ministerio Público, bajo los siguientes argumentos:

1. El procesado

Advierte que el hecho de no haber ordenado el grado jurisdiccional de consulta de las sentencias de los procesos ordinarios laborales no constituye una actuación ilegal, debido a que para la época en que fueron proferidas no se encontraba consagrado para los fallos adversos a las entidades descentralizadas. Ello, para significar que las decisiones dictadas entre los años de 1993 y 1995 adquirieron firmeza, por lo que no podían ser objeto de la consulta ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, lo cual resulta lesivo de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

Insiste en la falta de competencia territorial por parte de las Salas de Descongestión de los Tribunales Superiores de Bogotá y Pereira que desataron el grado de consulta, dado que, si bien ostentaban una competencia funcional, el Consejo Superior de la Judicatura no podía habilitarlos territorialmente a través de un acto administrativo, debido a que la atribución de modificar dichas reglas es exclusiva del legislador, y en este caso ni la Constitución ni la ley, en específico, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, lo facultaron para modificar la competencia territorial.

Advierte que esa circunstancia vició de nulidad los fallos laborales en cuestión, desconociéndose el debido proceso, razón por la cual no podían incluirse en el acervo probatorio, en el que se fundamentó la sentencia condenatoria.

Por otra parte, sostiene el impugnante que la valoración efectuada por el a quo sobre la sentencia de consulta proferida dentro del proceso ordinario adelantado por Benito González Viveros, resulta equivocada, ya que contrario a lo afirmado en esa instancia la demanda no fue genérica, porque en materia laboral «es suficiente que el actor en su demanda manifieste que su pensión no fue liquidada correctamente

conforme a la Convención Colectiva de Trabajo, por no haberse incluido todos los factores salariales, porque (...) ello, envuelve la inclusión de todos los factores»¹⁵, tal como sucedió en ese caso, en el que claramente el demandante solicitó la reliquidación de la pensión, cuyos factores salariales se determinaron a partir de la inspección judicial, a petición de parte, sobre la hoja de vida del ex trabajador de la que «se pudo obtener toda la información requerida para la prosperidad de sus pretensiones», es decir, los factores salariales, sus cuantías y el monto del salario, sin que ello haya lesionado el debido proceso ya que las pruebas fueron legalmente obtenidas.

En ese orden, denuncia que las Salas Laborales de Descongestión en el grado jurisdiccional de consulta, una vez admitidas las demandas laborales, no podían de manera oficiosa, declarar la ineptitud de la demanda, porque conforme a la legislación laboral esa facultad es de competencia exclusiva del juez de primera instancia, además, en el trámite la empresa demandada en momento alguno propuso una excepción en dicho sentido.

Considera que la sentencia impugnada no determinó de manera específica la ilegalidad de su actuar en el proceso laboral que adelantó Ferney Ríos Ramírez, ya que simplemente se limitó a expresar que la sentencia fue revocada por ser ostensiblemente contraria a la ley, sin que haya mencionado una falencia específica, dejando de lado que, en ese caso, prosperaron las pretensiones del trabajador de obtener la reliquidación de las cesantías por todo el tiempo en que duró la relación laboral, debido a que el empleador no logró justificar la suspensión del contrato de trabajo por el término de 136 días que le fue impuesta al trabajador, ya que dicha sanción, además de no obedecer a alguna de las faltas consagradas en el Reglamento Interno de Trabajo, tampoco surtió el procedimiento establecido en el artículo 4° de la Convención Colectiva de Trabajo.

También le preocupa la valoración realizada por el a quo, frente al proceso ordinario laboral promovido por Gabriel Ángel Valencia Candelo, porque al igual que el anterior,

tampoco señaló concretamente el error en que incurrió al dictar la sentencia laboral en la que accedió a las pretensiones del trabajador, quien demostró ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que le era aplicable la misma para efectos de obtener la pensión convencional de jubilación, la cual no le fue reconocida previamente a la ruptura del nexo laboral, lo que condujo a ordenar el pago de una indemnización.

Cuestiona la ausencia de prueba demostrativa de un actuar doloso y considera que la realidad procesal evidencia que las decisiones se ajustaron a los elementos probatorios recaudados en cada proceso, a la ley y a la Convención Colectiva de Trabajo.

Pone en tela de juicio que un juez pueda cometer peculado por apropiación a favor de terceros, ya que un funcionario de tal condición no tiene la administración de los recursos de la entidad demandada ni facultad para disponer de ellos, de manera que, en su concepto, no es posible afirmar que pueda incurrir en ese delito quien decide jurisdiccionalmente un conflicto laboral, salvo que se acepte que el juez tiene funciones distintas a las que constitucional y legalmente le corresponde realizar.

En tal sentido, aduce que si eventualmente la decisión es contraria a la ley, se configuraría la conducta de prevaricato cuya prescripción ya fue declarada y no la de peculado.

Por último, advierte que el 12 de marzo de 2012, mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior Buga, fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito derivado del punible de peculado, por lo que una nueva condena por idéntica conducta violaría el principio del non bis in ídem.

Por todo ello, considera que no existe certeza acerca del hecho punible ni de su responsabilidad, y solicita que se revoque la sentencia impugnada para en su lugar, declarar su absolución definitiva.

2. La Fiscalía y el Ministerio Público

Solicitan que se revoque parcialmente la sentencia impugnada únicamente respecto del delito de peculado por apropiación que surge del proceso laboral propuesto por Sergio Hurtado Hurtado, conducta que indebidamente se consideró prescrita y por la cual se cesó procedimiento a favor del procesado.

Estiman que si bien la sentencia inicial alude a sumas que no sobrepasan los 50 salarios mínimos legales, y que efectivamente fueron canceladas, lo cierto es que para determinar el monto de lo apropiado se debe tener en cuenta no solamente los rubros que cuantificó la sentencia, sino también los que se cancelaron con base en la decisión que ordenó pagar periódicamente una pensión de jubilación mayor, entre otras prestaciones, hasta cuando cesó el pago de las mismas.

Por lo mismo, aseveran que el monto de lo apropiado no es inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales, sino mucho mayor, pues el demandante recibió un pago indebido por valor de \$28.615.543,47 desde el mes de octubre de 1994 hasta agosto del 2005, sumado al pago de \$3.951.923,36 ordenado en el título judicial No. 0751298 a favor de la apoderada de Sergio Hurtado Hurtado, para un total de \$32.567.466,83, cifra que supera el límite señalado en la ley para atenuar la pena del injusto de peculado por razón de la cuantía de lo apropiado.

En consecuencia, tanto el representante fiscal como el agente del Ministerio Público piden que se revoque la cesación del procedimiento, solicitando, el primero, que se dicte sentencia condenatoria y, el segundo, que se devuelva la actuación al Tribunal Superior de Buga, para que dicte el respectivo fallo.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión preliminar.

En términos generales, de acuerdo con el artículo 75 numeral 3º de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal es competente para conocer del recurso de apelación propuesto por el sentenciado, la Fiscalía y el Ministerio Público contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Con el fin de resolver los recursos interpuestos por el Ministerio Público, la Fiscalía y el procesado, la Sala se ocupará de la decisión mediante la cual el Tribunal decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, analizará los límites del juez de segundo grado bajo una concepción material del debido proceso y hará alusión al derecho comparado y a la competencia del superior para decidir de fondo el tema propuesto. Finalmente, decidirá lo que corresponda en relación con la sentencia de condena y absolutoria proferida en la instancia.

2. El debido proceso en el Estado Constitucional.

A cada tipo de Estado corresponde un modelo de derecho penal. En ese sentido, el derecho penal de la modernidad y del Estado demo liberal cuyos orígenes se remontan a la filosofía de la ilustración, se sustentó en una concepción formal de sus instituciones y de las garantías y libertades públicas, sin la necesaria e indispensable obligatoriedad material que a sus contenidos les confieren los sistemas de las democracias contemporáneas organizadas en Estados Sociales de Derecho.

Desde este punto de vista, la expresión social que define al Estado, como lo ha señalado la Corte Constitucional, no es una simple muletilla retórica que le aporta un toque elegante de filantropía a la idea de la justicia y del derecho, sino un sello que le confiere una nueva visión a la idea del derecho y la justicia, y por supuesto a la noción de ley, que deja de ser una expresión de mera coherencia lingüística para convertirse en una fórmula material que incorpora principios constitucionales sintetizados a partir de los

conceptos de dignidad humana y orden justo, fundamentos legítimos del Estado democrático.

En ese orden, es explicable que el programa penal de la Constitución defina los principios esenciales que legitiman la intervención penal, determine los límites para configurar el ámbito de lo prohibido, y el método para imponer la sanción a partir de una elaboración material de debido proceso como juicio justo que supone, siempre y en todo caso, la previa definición de la conducta prohibida, un juez competente y la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, entre las cuales se incluyen como mínimo: la defensa permanente, un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra, apelar la sentencia e impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.¹⁶

Además, actualmente se define desde la Constitución la estructura básica del proceso, las funciones de acusación y juzgamiento (artículos 234, 250 y 251), y el principio de reserva judicial de la libertad (artículo 28), con lo cual el proceso penal deja de ser una suma ordenada de estancos para convertirse en “escenario de realización de derechos fundamentales”, lo cual implica que sus instituciones se interpreten no desde la subsunción, sino desde los principios; desde la garantías y no desde la eficacia.

En ese contexto, al juez penal – como a todos, pero al penal con más urgencia por su vinculación con la afectación de derechos fundamentales – le corresponde, con sujeción total a un debido proceso justo, verificar y determinar si el acusado por la fiscalía de haber cometido un delito ejecutó la conducta descrita en un tipo de prohibición, y si lo hizo voluntariamente, siéndole exigible otra conducta, asignarle una pena mediante una sentencia que culmina y agota la instancia y que puede ser impugnada con el fin de discutir materialmente el supuesto fáctico y jurídico de dicha

decisión.17

3. La doble instancia en el derecho comparado y los tratados internacionales.

Del derecho a la doble instancia se ocupa la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estatutos estos que en la legislación interna hacen parte del bloque de constitucionalidad a tenor del artículo 93 de la C.P.

De otra parte, en el derecho comparado, obsérvese que el sistema judicial norteamericano es esencialmente ilustrativo de métodos que reconocen el derecho del condenado a apelar su condena y que a su vez prohíben a la fiscalía la facultad de apelar un fallo absolutorio, siendo por lo tanto vinculantes las conclusiones sobre los hechos a que han llegado las cortes con la intervención de jurado, aspectos que sólo se pueden discutir a través del recurso de anulación del juicio.

En otros países, tales como Alemania, son apelables únicamente las sentencias proferidas por delitos menores, con el poco convincente argumento de la validez de las mismas sobre la base de la siempre cuidadosa y ponderada elaboración por los tribunales, situación muy distinta al sistema judicial italiano, en el cual todas las sentencias son apelables.

Más aguda es la discusión en torno de la posibilidad de una nueva apreciación fáctica por el superior, asunto que ofrece varias opciones de acuerdo con la percepción del juicio justo y del principio de inmediación en sistemas que no están vinculados con el principio de permanencia de la prueba, como ocurre en este caso.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que en esos eventos la

apelación supone un juicio con plenitud de los principios de inmediación y contradicción, y por lo tanto con la reiteración en segunda instancia de los medios probatorios de carácter personal, sobre la base de que “el proceso penal constituye un todo y que su protección no termina con el fallo de primera instancia.”¹⁸

Asimismo, el Tribunal Constitucional Español, siguiendo la línea de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que la apelación contra la sentencia procede sin necesidad de una nueva audiencia ante el superior para la práctica de pruebas cuando (i) no se altera el supuesto fáctico declarado en el fallo, (ii) si a pesar de su alteración, esta no es consecuencia del análisis de medios probatorios que impliquen presenciar su práctica para su valoración, y (iii) cuando no se comparte el proceso deductivo empleado a partir de los hechos base tenidos por acreditados en la sentencia y no alterados en la apelación, siempre que se trate del examen de reglas de experiencia no dependientes de la inmediación.¹⁹

De lo expuesto se puede inferir, entonces, que el recurso de apelación en el derecho comparado no le confiere al superior una competencia plena para definir acerca del objeto principal del proceso penal, y por lo mismo la fiscalización de la decisión de instancia está limitada a controlar el acierto de la decisión en relación con la validez del procedimiento, los supuestos fácticos declarados en la instancia que son inmodificables – con las posibilidades antes anotadas – y la recta adjudicación del derecho sustancial, temas que se relacionan directamente con dos objetivos del proceso penal: la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material.

De manera que es evidente el especial celo por parte del Tribunal Europeo en determinar los límites a la competencia del superior, especialmente tratándose de asuntos en donde se discute el supuesto fáctico declarado en el fallo de primer grado, lo cual permite afirmar, siguiendo esos estándares del derecho convencional, que resulta sumamente cuestionable que el superior verifique y determine un supuesto de hecho

que no fue tratado en primera instancia y defina la responsabilidad de un acusado, pretermitiendo integralmente la instancia.

4. El objeto y la competencia en la segunda instancia.

4.1. Fundamentos constitucionales.

La doble instancia se sustenta en los artículo 31 de la C.P. que señala que “Toda sentencia podrá ser apelada”, y 29 ídem que autoriza la impugnación contra “la sentencia condenatoria...”; derecho que no es absoluto, pues se permite en la primera de las disposiciones en cita que el legislador establezca “excepciones”, las cuales deben mantener la protección de los amparos constitucionales que se reconocen a las personas vinculadas al proceso (no podrán desconocer derechos fundamentales, como el debido proceso, defensa y el acceso a la administración de justicia, etc.).

4.2. Fundamentos legales.

En la Ley 906 de 2004 (artículo 20) y en la Ley 600 de 2000 (artículo 18) la doble instancia se instituyó para las sentencias absolutorias o condenatorias y respecto de autos ese recurso es más limitado en el sistema acusatorio dado que procede salvo excepciones para los que deciden sobre la libertad del imputado o acusado, los que afecten la práctica de pruebas o generen efectos patrimoniales, en tanto que en la Ley 600 ídem se pueden cuestionar a través del recurso de apelación las providencias interlocutorias.

4.3. Naturaleza jurídica y finalidades.

La doble instancia o “juicio del juicio” es para la parte una “ultragarantía” constitucional que materializa el debido proceso, la impugnación, la contradicción, la defensa y el acceso a la administración de justicia y tiene por objeto que se revise una decisión para corregir errores, agravios, arbitrariedades, mantener, restablecer o

proteger derechos y lograr que las providencias judiciales acaten el régimen de un orden justo, propósitos que se logran ante un juez (singular o plural) jerarquizado (ad quem) que puede revocar, confirmar, anular, sustituir o modificar el auto o la sentencia del a quo.

4.4. Alcance.

El artículo 204 de la Ley 600 de 2000, estatuto de procesamiento criminal que rige en este caso, «en la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación».

En el desarrollo interpretativo de esa disposición, esta Sala ha sostenido que «el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente²⁰ (negrilla fuera de texto).

Con idéntica orientación, la Corporación ha discernido, en providencia más reciente, «que la limitación para el ad quem representa cabal materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez de segundo grado se aparta de ese objeto concreto de debate»²¹.

Así las cosas, si la inconformidad de la parte recurrente no guarda relación con la responsabilidad penal del enjuiciado – como no puede guardarla, por la sencilla razón de que en la primera instancia no existió un pronunciamiento sobre ese punto –, resulta evidente que el examen del ad quem no puede extenderse, al menos no sin menoscabo del derecho a la defensa, a ese ámbito de la controversia.

No sobra agregar que idéntica posición ha asumido la Corte Constitucional, en relación con el trámite del procedimiento civil, se admite, pero en criterio que resulta aplicable al presente asunto, porque le subyacen consideraciones propias de la teoría general del proceso y las garantías constitucionales.

Ciertamente, la aludida Corporación tiene dicho que «en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo»²².

La competencia del juzgador de segunda instancia está limitada a controlar el acierto de la decisión de preclusión; misma cuya revocatoria debe determinar la devolución de las diligencias al a quo para que profiera el pronunciamiento a su cargo, pero de ninguna manera la emisión de un fallo de fondo respecto de asuntos no debatidos en la sentencia de primer grado ni controvertidos en la alzada.

La doble instancia como medio ordinario y eficaz para controvertir decisiones judiciales debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente y los que tengan una conexidad con éstos, además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.

La regla a seguir impone que no puede tener segunda instancia lo que no ha sido materia de decisión en primera, ni lo que ha sido objeto del recurso, la excepción está dada como se ha dicho por la oficiosidad en protección de garantías y lo que tenga

relación necesaria y consecuencial con el asunto que ha sido objeto de examen y decisión por el a quo.

La Corte Constitucional, al examinar los límites del superior – no propiamente el derecho de acceso a la segunda instancia²³

, o el derecho a impugnar la sentencia condenatoria que se profiere en segundo grado ²⁴ -, ha señalado puntualmente, en línea con las tesis indicadas, que un juez de apelación carece de competencia plena para pronunciarse “sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación”, al punto que puede actuar por fuera de su competencia “cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo.”

25

Lo anterior, con la indispensable aclaración de que aspectos inescindiblemente vinculados con el fallo, es decir, que dependen directamente del supuesto básico analizado y de sus fundamentos o se vinculan de manera necesaria con ellos, pueden ser estudiados por el superior, pues lo que no está autorizado es que se decida de mérito un asunto que no fue tratado en la decisión que se revisa.

Por lo tanto, además de la infracción al principio de limitación y de competencia, la decisión en segunda instancia de un supuesto fáctico que no fue objeto de examen por parte del a quo, plantea un problema de legitimidad de la sentencia del superior, que no puede oponer la eficacia o la economía procesal a la garantía instituida a favor del procesado de que se resuelva materialmente en primera instancia el supuesto fáctico y su responsabilidad, como corresponde a la noción del debido proceso y de doble instancia.

5. Retoma de criterio jurisprudencial: incompetencia de la segunda instancia para resolver de fondo supuestos sustanciales que no fueron objeto de decisión en primera instancia.

5.1. La Sala había optado, en eventos en los cuales no se decide de fondo el asunto, sino temas sobre yerros de procedibilidad inaceptables que deben ser revisados, por regresar el expediente al a quo para que evalúe de mérito la materialidad del delito y la responsabilidad del justiciable, garantizando de esa manera el principio de doble instancia y el debido proceso²⁶

, criterio que es necesario retomar, variando la interpretación mayoritaria hasta ahora vigente²⁷, según ésta, el superior en casos como el que se estudia, tiene autonomía y competencia plena para definir el asunto y la responsabilidad, pese a que el tema no se trató materialmente en primera instancia.

5.2. La línea jurisprudencial que se retoma en esta providencia se ajusta a los estándares internacionales sobre el debido proceso y la doble instancia que se han reseñado en párrafos anteriores.

5.3. Además, integra sistemáticamente la doble instancia con las sentencias, en la medida en que éstas deben pronunciarse sobre el objeto del proceso y esta identidad no se presenta cuando en el primer grado se examinan supuestos que no resuelven de fondo los problemas jurídicos sobre la prueba de cargo y de descargo, si se absuelve o se condena, o si se omite toda consideración sobre autoría, circunstancias típicas, antijuridicidad de la conducta y responsabilidad penal del acusado o no se hacen juicios de ponderación sobre la pena y sustitutos penales.

Una actuación penal que culmina en primera instancia en las condiciones señaladas, como las que declaran la prescripción de la acción penal, impiden que el juez de segunda instancia sustituya al a quo y profiera sentencia, porque ello conlleva

menoscabo a los derechos fundamentales de las partes o intervinientes.

5.4. El objeto del proceso que se debe resolver en el fallo debe tener identidad sustancial con los hechos que dieron origen a la investigación penal y la decisión de fondo que absuelve o condena por tales sucesos. Una resolución fundada en supuestos diversos, como la extinción de la acción penal, no puede ser revocada en segunda instancia para mutarse por una condena, porque en sentido estricto y en sana lógica ésta no ha estado precedida de una decisión de primer grado que haya sido el soporte de la impugnación y de la decisión del ad quem.

Como la sentencia de primera instancia no absuelve ni condena por el delito que se declara la prescripción, no se puede resolver por el ad quem lo que “no fue objeto de decisión”, para usar las palabras de la Corte Constitucional.

5.5. La falta de identidad temática entre las decisiones de primera y segunda instancia en la situación dada y en los términos que se viene explicando, lesiona a las partes e intervinientes en sus derechos al debido proceso, la doble instancia, la contradicción y la defensa.

5.6. Si admitimos como se ha declarado que la competencia del juez ad quem no es ilimitada, tolerar soluciones de fondo en segundo grado sobre temas no considerados por el a quo conduce a desnaturalizar la estructura que al rito procesal y específicamente a la citada instancia le han reconocido los Tratados y Pactos Internacionales y el ordenamiento constitucional y legal citado.

5.7. El artículo 29 de la C.P. no excluye en ningún caso el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, derecho que debe mantenerse incólume en los términos en que lo establece dicho mandato, que a decir de la Corte Constitucional «dicha garantía – la de doble instancia, aclara la Sala – en el ámbito penal sí forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso»²⁸ (el énfasis no

aparece en el original).

En esa comprensión y de manera más reciente, el Tribunal Constitucional indicó, mediante sentencia que no ha sido proferida pero cuyo sentido fue en todo caso dado a conocer mediante comunicado de prensa²⁹, que «la previsión de mecanismos de impugnación en todos aquellos eventos en los que, en el marco de un proceso penal, se impone en la segunda instancia una condena por primera vez” constituye una herramienta de defensa procesal que “resulta indispensable desde la perspectiva constitucional»³⁰ (negrilla fuera del texto).

Como consecuencia de lo anterior, «toda persona que ha sido condenada por primera vez debe tener acceso a algún mecanismo de impugnación del fallo, para que una instancia judicial distinta pueda revisarlo a partir de un examen integral del caso»³¹ (el énfasis es de la Sala).

La Corte Constitucional declaró, en la providencia precitada, «la INCONSTITUCIONALIDAD con efectos diferidos... de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias” y, en tal razón, confirió al Congreso de la República «el término de un año... (para que) regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias» (negrilla de la Sala)³².

5.8. Sin dificultad se advierte, que una hermenéutica adecuada, orientada desde los instrumentos internacionales aprobados y ratificados por Colombia, así como al amparo de los postulados constitucionales y legales, llevan necesariamente a afirmar la inviabilidad de proferir decisión de fondo en aquéllos eventos en que el funcionario de segunda instancia revoca una determinación adoptada por el Juzgador de primer grado que pone fin a la controversia por razones estrictamente adjetivas, no sustanciales.

5.9. Ahora bien, por razón de la naturaleza de la providencia impugnada debe señalarse inicialmente que, «aunque es práctica usual en los estrados judiciales que por razones de economía procesal, se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito», ello de ninguna manera implica la “modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido»³³.

En esa comprensión, la providencia judicial mediante la cual se resuelve materialmente sobre la responsabilidad penal del encartado y se decreta la preclusión de la investigación en razón de la prescripción de la acción penal, reviste la doble connotación de sentencia – respecto de lo primero – y de auto interlocutorio – en cuanto a lo segundo -; puesto de otra forma, se trata de una decisión de naturaleza mixta.

Ese discernimiento, importa precisar, ha sido aplicado por esta Corporación con efectos procedimentales significativos, verbigracia, para negar la procedencia del recurso de apelación contra la orden de compulsación de copias de la actuación con destino a autoridades penales o disciplinarias, aun cuando se encuentre contenida en una sentencia apelable, por tratarse de una decisión de sustanciación o simple trámite³⁴.

De acuerdo con lo expuesto, en esta oportunidad la Sala hace suyo el criterio según el cual no es posible «variar la naturaleza jurídica de una decisión, así esté contenida en providencia de mayor entidad»³⁵, para afirmar, a partir de ello, la inviabilidad de proferir sentencia al decidir el recurso interpuesto contra un auto interlocutorio que, excusada sea la redundancia, no deja de tener tal naturaleza por

el hecho de hallarse inserto en una providencia que resuelve también de fondo sobre el objeto de la controversia.

Las consideraciones expuestas en precedencia permiten extractar las siguientes conclusiones:

- i.) El pronunciamiento de fondo en esta sede respecto del delito por el cual se decretó la cesación del procedimiento comportaría la pretermisión integral de una instancia, con la consecuente vulneración del derecho a impugnar la condena que le asiste al enjuiciado; derecho que, desde la perspectiva constitucional y supra constitucional contemporánea, constituye un elemento esencial del debido proceso de obligado cumplimiento.
- ii.) El Juzgador de segunda instancia carece de competencia para decidir sobre hechos y circunstancias que no fueron objeto de pronunciamiento en la providencia de primer grado y que, por lo mismo, resultan ajenos a la inconformidad que sustenta la alzada.

En ese orden, si la apelación estuvo dirigida a controvertir las razones de hecho o de derecho que determinaron el decreto de la prescripción de la acción penal y la consecuente cesación del procedimiento, la responsabilidad penal del procesado constituye una circunstancia respecto de la cual el ad quem no puede decidir.

- iii.) Admitir que la impugnación interpuesta contra la decisión que decreta la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal puede suscitar un pronunciamiento de fondo en sede de segunda instancia, implicaría a su vez acceder, en contravía de los principios básicos que informan la teoría general del proceso, a la mutación de la naturaleza de la providencia recurrida.

Por ello, en este caso, para reguardar los derechos de los sujetos procesales y las garantías a las que se viene haciendo mención, es que la Corte no puede proferir fallo de condena, pues el Tribunal de Buga no examinó los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos sobre la autoría y responsabilidad penal de Harold Gamboa Velásquez en el delito de peculado por apropiación por el que se ordenó la cesación procedimiento por prescripción de la acción penal.

Agréguese a la acotación hecha en el párrafo anterior que de proferir esta Sala un fallo de condena, la decisión estaría afectada en su legitimidad, esa providencia no está conectada íntimamente, necesariamente ni consecencialmente con lo decidido en primera instancia, como tampoco obedece a las facultades oficiosas que deben ejercitarse por el juzgador en protección de garantías fundamentales.

6. La cesación de procedimiento.

El Tribunal decidió que por el monto de lo apropiado, la acción penal había prescrito en relación con el delito de peculado imputado en el proceso laboral en el que figura como demandante Sergio Hurtado Hurtado. Sin embargo, como lo sostienen los impugnantes, el valor de lo apropiado, según la imputación fáctica, difiere de la estimación que hizo el tribunal en su decisión.

En efecto: al analizar los presupuestos de toda resolución acusatoria, a folios 159 del cuaderno original número 1, la fiscalía, en el capítulo atiente a la tipicidad material de la conducta, aludió al objeto material de la conducta, precisando el monto de lo apropiado en los siguientes términos:

“La cuantía del monto pagado en cumplimiento de la sentencia N° 398 del 25 de octubre de 1993, totalizó la suma de \$ 32'567.466,83 que se computa según los siguientes registros:

“De conformidad con la Resolución N° 000863 de agosto 31 de 2005 y el Memorando N° GPSPC-ASNP 259 de marzo 9 de 2005, por concepto de reajuste de pensión decretado en el fallo, con inclusión en nómina a partir del mes de octubre de 1994 y hasta el mes de agosto de 2005, la suma de \$28'615.543,47 cuyo reintegro se dispuso por el Ministerio de la Protección Social en su Resolución N° 000863 citada.

“En curso del proceso ejecutivo laboral, con el pago del Título Judicial N° 0751298 por \$3'951.923,36 a favor de la apoderada FLOR ESTELLA COBO ARBOLEDA; conforme se aprecia con el Oficio 098 de enero 27 de 1994 librado por el Juzgado al Gerente del Banco Popular Sucursal Buenaventura.

“Equivalente la cuantía de la apropiación a 85.36 en términos de salario mensual vigente para el año último en el que cesaron los pagos de reajuste pensional decretado en el fallo de primera instancia; en aplicación del principio de favorabilidad dada la fecha en la que se desarrollan los primeros actos de consumación de la conducta (1994), la tipicidad se halla conforme a las previsiones contenidas en el artículo 133-1 del Decreto 100 de 1980.” 36

Desde un punto de vista objetivo, en la acusación se notificó que la conducta se inició el 25 de octubre de 1993 con la expedición de la sentencia, continuó el 27 de enero de 1994, fecha en que se ordenó cancelar el valor título judicial por \$3.951.923.36 a la apoderada del ex trabajador, y concluyó el 31 de agosto de 2005, fecha en la cual la entidad demandada, al acatar la orden judicial de revocatoria de las órdenes impartidas por el exjuez, cesó el pago del indebido reajuste pensional, que ascendió en total a \$ 32.567.466.83 pesos (folios 99 a 103 cuaderno original N. 1).

Por lo tanto, el monto del delito de peculado en relación con el proceso laboral instaurado por Sergio Hurtado Hurtado, asciende a \$ 32.567.466.83 pesos, tal como lo sostienen los recurrentes, y no a \$ 4.935.000.00 pesos, como lo consideró el

Tribunal de instancia, por lo cual, dada la cuantía de lo apropiado, la cifra es mayor a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en que se verificó la acusación.

Por el valor de lo apropiado el tiempo de prescripción de la acción penal es de 20 años, toda vez que el primer aparte del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el 19 de la Ley 190 de 1995, prevé una pena máxima de 15 años, la cual por tratarse de una conducta imputable a un servidor público se incrementa en una tercera parte para efectos de establecer el tiempo de prescripción de la acción penal, según lo dispuesto por el artículo 82 del Decreto 100 de 1980. De manera que como la resolución de acusación quedó en firme el 30 de julio de 2008, la acción penal no había prescrito para el preciso momento en el cual se calificó la investigación penal.

En conclusión, acorde con lo expuesto, La Sala revocará la decisión que dispuso la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, decretará la ruptura de la unidad procesal y remitirá copias de la actuación al Tribunal para que dicte el fallo de mérito en primera instancia en relación con el delito de peculado analizado.

7. Las sentencias de mérito. El Bien jurídico de la Administración Pública. Los elementos del tipo penal de peculado y la responsabilidad del acusado.

El acusado no discute temas fácticos y su impugnación se limita a cuestionar la interpretación judicial del supuesto de hecho, por lo cual es necesario precisar la discusión respecto de los ejes temáticos que en seguida se tratarán:

La administración pública es un bien jurídico que, de una parte, protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado ante actos de

apropiación o uso indebido, o frente a comportamientos en los cuales el servidor público no obra conforme al deber de cuidado que le es exigible en defensa del patrimonio público.

Precisamente en relación con esta última modalidad, en protección de la administración pública y específicamente de los bienes estatales, el legislador dispuso en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el 19 de la Ley 190 de 1995, vigente para el momento de los hechos, que incurre en el delito de peculado por apropiación:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o 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...

“Si lo apropiado no supera el 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) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2).

De acuerdo con ello, son elementos estructurales del tipo penal: a) la calidad de servidor público del sujeto activo del delito; b) tener potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de particulares, por razón o con ocasión de sus funciones; y c) el acto de apropiación en favor propio o de un tercero en perjuicio del patrimonio del Estado, supuestos plenamente probados en el proceso en relación con las conductas imputadas al ex juez Harold Gamboa Velásquez en relación con los procesos laborales que tramitó con base en las demandas propuestas por Benito González Viveros, Ferney Ríos Ramírez y Gabriel Ángel Valencia Candelo.

Sin embargo, el procesado pretende que se revoque la decisión impugnada a partir de una particular noción del contenido y función de los bienes jurídicos de administración pública y de justicia, según la cual los funcionarios judiciales no pueden incurrir en el delito de peculado, pues en su criterio, carecen de disponibilidad jurídica sobre los bienes estatales, tesis inaceptable que ha sido desestimada por esta Sala al analizar el vínculo entre el funcionario y los bienes del Estado, como lo hizo entre otras en la sentencia del 4 de octubre de 1994, radicado 8729, en la cual se sostuvo que:

“La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice “en razón de sus funciones”, hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tal atribución deba estar antecedentemente determinada por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función.” (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, en la providencia CSJ SP, 6 Mar. 2003, rad. 18021, esta Sala indicó:

“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 este 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 de los representó, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio.”

En ese sentido, obsérvese que para obtener el pago al cual no tenían derecho los demandantes laborales, la intervención del funcionario judicial resulta esencial, pues las sentencias ilegales que emitió se constituyeron en un presupuesto previo y sustancial para que el ordenador del gasto pudiera impartir las órdenes de pago tendientes a materializar la apropiación indebida de los recursos públicos, de tal manera que el juez propició con su decisión ilícita un riesgo jurídicamente desaprobado que desencadenó un proceso institucional que se concretó en la producción del resultado lesivo y relevante.

Con todo, el procesado recurrente censura al Tribunal por considerar la conducta como una apropiación indebida, toda vez que en su criterio las sentencias que ordenaron el pago de acreencias laborales son lícitas e incuestionables al haber hecho tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, ese argumento es inadmisibles, pues si se asume que las sentencias ejecutoriadas son obligatorias, vinculantes e irrefutables en razón de su ejecutoria, el delito de prevaricato solamente podría predicarse respecto de providencias judiciales que aún no han alcanzado firmeza por estar pendiente un recurso o ante la posibilidad de interponerlo, lo cual es absolutamente inaceptable.

En defensa de la pretendida juridicidad de sus decisiones, el enjuiciado cuestiona la competencia de las Salas de decisión de los Tribunales que revocaron las decisiones que él profirió, porque en su criterio son nulas al haber surtido indebidamente el grado jurisdiccional de consulta que no estaba contemplado legalmente en aquella época respecto de sentencias laborales que comprometieran recursos de entidades descentralizadas, empresas comerciales del Estado o establecimientos públicos. No

obstante, esa pretensión es insustancial por cuanto aun sin tales decisiones, la juridicidad de las órdenes que impartió para que se pagasen prestaciones sociales sin fundamento, son manifiestamente ilegales, con o sin el recurso de consulta al cual se refiere el procesado.

En efecto, aun con omisión de ellas, es incuestionable en las sentencias proferidas por el acusado su distanciamiento de la realidad procesal, fáctica y jurídica que correspondía a una recta resolución de los procesos promovidos por los ex trabajadores de la empresa de puertos, razón por la cual esos proveídos amañados se constituyeron en la fuente de los pagos efectuados, o en otras palabras, en el medio a través del cual se propició que los demandantes se apropiaran de recursos públicos a los cuales no tenían derecho.

De ese modo, no es tan esencial, como lo cree el recurrente, la discrepancia acerca de la viabilidad del grado jurisdiccional de consulta, pues sin éste o con él, la ilegalidad de las decisiones del ex juez son evidentes y su dimensión antijurídica incontrastable. En efecto: el argumento acerca de la improcedencia de la consulta y de su inaplicabilidad para la fecha cuando profirió las decisiones es más un sofisma que un argumento, pues el análisis de la ilegalidad de la decisión, en este caso, surge de su contenido ilegítimo y de su incidencia en la apropiación indebida de bienes del Estado.

Por el contrario, el haber impedido el grado jurisdiccional de consulta es un medio para evitar el control de la decisión y un hecho probado, que refleja la voluntad ilegítima de oponerse al examen de la juridicidad de una decisión abiertamente ilegal y fuente de la apropiación de recursos indebidos.

De otra parte, el contenido de las decisiones mediante las cuales se ordenó el pago de prestaciones sociales a los demandantes es evidente, y si bien la Sala de decisión no apreció la dimensión antijurídica del comportamiento debido a que decretó la

preclusión de la investigación respecto del delito de prevaricato, ello no es óbice para que destaque su ilegalidad como parte estructural del delito de peculado, al constituir la sentencias ilegítimas la razón de ser y el fundamento de la apropiación indebida.

Al respecto, basta observar que en la demanda propuesta por Benito González Viveros, se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, así como la reliquidación y pago de cesantías e indemnización moratoria, con el argumento de que no se tuvo en cuenta para su liquidación el valor de factores, tales como: prima de servicios proporcional al retiro, prima de vacaciones, uniformes e incapacidades generadas hasta su retiro³⁷. Sin embargo, en la sentencia proferida el 31 de mayo de 1995, el juez acusado, en un formato en donde sin mayores reflexiones se anotaron unos valores sin indicar la razón de ser de los mismos, reconoció incluso una pensión por invalidez³⁸, cuya prestación es totalmente diferente en su causa y origen a los supuestos fácticos y pretensiones indicadas en la demanda.

De manera que arbitrariamente y sin relación alguna con los presupuestos de la demanda, el otrora funcionario judicial dispuso la reliquidación de la pensión por invalidez del demandante, de lo cual se infiere la evidente ilegalidad de un fallo que no se justifica ni aún bajo la facultad de fallar ultra y extra petita inherente a la justicia laboral, pues pasando por alto el deber de motivar la necesidad de recurrir reflexivamente a esa potestad, la sentencia carece de referencias explícitas a esa situación y no alude a los supuestos fácticos de la demanda, ni a los pormenores del trámite, ni enseña cuáles serían los argumentos que ameritarán un trato favorable a los intereses del demandante.

Lo mismo ocurre en el proceso laboral propuesto por Ferney Ríos Ramírez, en el cual el procesado profirió el 8 de agosto de 1995³⁹, sentencia condenatoria contra la entidad demandada, accediendo a las pretensiones del actor, sin sustento probatorio alguno que permitiera inferir que, en efecto, el empleador hubiese descontado

en forma ilegal los 136 días alegados de las prestaciones sociales. En aquella oportunidad, el implicado invirtió arbitrariamente la carga de la prueba al empleador, sin que se hubiese probado, así fuera de manera oficiosa, que dicho descuento fuera ilegal, lo cual denota la clara intención del procesado en favorecer los intereses del demandante, con el fin malintencionado de que se diera la apropiación de dineros públicos a favor de terceros que no tenían derecho.

De igual forma, en el proceso laboral adelantado por Gabriel Ángel Valencia Candelo, el exjuez accedió ilegalmente a las pretensiones de la demanda⁴⁰, al afirmar en forma amañada que la decisión del empleador de poner fin al contrato de trabajo obedeció simplemente por el reconocimiento al actor de la pensión de jubilación, cuando claramente dicha situación no confronta la realidad de la actuación, pues la desvinculación se dio en cumplimiento de la Ley 1ª de 1991, que ordenó la liquidación de la empresa. Entonces, el funcionario judicial ordenó lo pedido sin consideración alguna con la realidad fáctica demostrada y sin fundamento probatorio alguno.

En consecuencia, está probado fehacientemente que el ex juez, pese a que ha hecho insistente gala de que obró en derecho y conforme al deber de protección del trabajador, actuó con la voluntad de propiciar, procurar y facilitar el pago indebido de recursos del Estado a trabajadores que no demostraron su derecho y que contaron para ello con la decidida intervención del ex juez. En ese margen las ilegalidades son evidentes e indican la férrea voluntad de aprovechar el sistema judicial como medio para garantizar la apropiación indebida de recursos del Estado, razón por la cual la actuación del Juez resulta decisiva en ese propósito, cuanto más, si como acaba de verse, la ilegalidad de las decisiones es de una dimensión que resalta de manera superlativa la indeclinable decisión de aprovechar la jurisdicción para afectar el bien jurídico de la administración pública y en concreto los recursos del Estado.

De otra parte, la contundencia de la prueba que obra en el proceso impide pensar

que un funcionario judicial de la trayectoria del doctor Harold Gamboa Velásquez, quien desde 1973 se vinculó como empleado judicial y desde el 16 de septiembre de 1985 como Juez de la República, no supiese del elaborado complot para defraudar el patrimonio del Estado, pues como se ha visto, la forma como afrontó los procesos y construyó las decisiones, indican que tal proceder solo es predicable de quien conocía plenamente de la ilegalidad de las mismas y de la defraudación patrimonial que con ellas propiciaba, siéndole exigible, por su trayectoria profesional y por los vínculos de todo orden con la administración de justicia, un obrar conforme a derecho.

Empero, ante la concluyente evidencia que pesa en su contra, insiste en que es ilegal que se le condene por la comisión del delito de peculado a favor de terceros, pues en su criterio, se desconocería el principio de non bis in ídem, debido a que dicha conducta fue simultáneamente juzgada y adecuada típicamente a los injustos de prevaricato por acción y enriquecimiento ilícito de servidor público, conductas por las cuales, en un caso fue condenado y en otro prescribieron. Ese argumento no se puede admitir. En efecto, las conductas de prevaricato por acción y peculado a favor de terceros protegen bienes jurídicos diversos, tema acerca del cual esta Sala ha dicho, entre otras decisiones, en la sentencia CSJ SP. 12 Mar. 2014, rad. 41480, lo siguiente:

“En un derecho penal que define el principio de antijuridicidad como la lesión o puesto en riesgo de un bien jurídico, la administración pública en general y la justicia en particular, al menos desde la perspectiva penal, se puede definir como una función pública dirigida a dispensar una respuesta punitiva relativamente justa a un conflicto que afecta de manera intolerable la vida en sociedad. En ese propósito, a los funcionarios judiciales les está dado aplicar con independencia y autonomía la ley, entendida como un conjunto normativo integrado por disposiciones de orden jurídico interno y por tratados internacionales de derechos humanos, en orden a asegurar, entre otros valores, la convivencia, la justicia y el orden social justo de que trata el Preámbulo Constitucional.”

En cambio, la administración pública como bien jurídico institucional, según se indicó, desde una perspectiva dinámica protege los valores de la administración, tales como el interés general, eficiencia, economía, imparcialidad, etc., y de otra los bienes del Estado. Por lo tanto, dado que la conducta se entiende como un proceso de interferencia intersubjetivo, el delito de prevaricato tutela la adjudicación relativamente justa de los principios y de las normas de derecho a un conflicto que se somete a su consideración, mientras que el delito de peculado tiende a la protección de los bienes del Estado, de tal manera que las conductas se distinguen no solamente por su contenido, sino por el bien jurídico que protegen.

Desde ese punto de vista, nada impide, precisamente por razón del conflicto que una y otra conducta representan, que diferentes momentos de ese obrar, cuando interfieren bienes jurídicos distintos, se adecúen a varias disposiciones de derecho, sin que ello implique vulneración del principio del non bis in ídem, pues cada comportamiento tiene una autonomía óptica y jurídicamente distinta perfectamente identificable desde la teoría del delito, de manera que no le asiste razón al procesado en esa materia.

8. En conclusión, conforme a lo expuesto, en cuanto a esta temática, La Sala confirmará la sentencia condenatoria del 28 de marzo de 2012, mediante la cual el Tribunal Superior de Buga condenó a Harold Gamboa Velásquez como autor responsable de la conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros.

DECISIÓN

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

Primero: REVOCAR el numeral primero de la la citada providencia, a través de la cual se declaró la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal seguida contra Harold Gamboa Velásquez, en razón de la presunta comisión del delito de peculado relacionado con el proceso ordinario laboral instaurado por Sergio Hurtado Hurtado.

En consecuencia, se decreta la ruptura de la Unidad Procesal. Remítase copias de la actuación al Tribunal de origen para que profiera en primera instancia la sentencia de mérito.

Segundo. CONFIRMAR en lo que fue impugnada la sentencia de 28 de marzo de 2012, mediante la cual el Tribunal Superior de Buga condenó a Harold Gamboa Velásquez como autor responsable de la conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros, en relación con las conductas cometidas con ocasión del trámite de los procesos laborales instaurados por Benito González Viveros, Ferney Ríos Ramírez y Gabriel Ángel Valencia Candelo.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 6 al 7 cuaderno original No. 1.
- 2 Folios 20 al 22 cuaderno original No. 1.
- 3 Folios 23 al 28 cuaderno original No. 1.
- 4 Folios 35 al 37 cuaderno original No. 1.
- 5 Folios 41 al 68 cuaderno original No. 1.
- 6 Folio 144 cuaderno original No. 1.
- 7 Folios 149 a 172 cuaderno original No. 1.
- 8 Folio 172 reverso, cuaderno original No. 1.
- 9 Folios 142 y 143 cuaderno original No. 2.
- 10 Folio 463 cuaderno original No. 2.
- 11 Folio 472 cuaderno original No. 2.

12 Folio 484 cuaderno original No. 2.

13 Folios 607 al 647 cuaderno original No. 3.

14 Folios 607 a 646 cuaderno original No. 3.

15 Folio 669 cuaderno original No. 3.

16 Artículos 29 y 31 de la [Constitución Política](#).

17 El constitucionalismo colombiano admite que ciertas decisiones penales, por la estructura judicial originada en un poder constituyente, son inimpugnables, como ocurre con las que se dictan en procesos contra aforados constitucionales.

18 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de mayo de 1988 – caso Ekbatani contra Suecia –, 29 de octubre de 1991 – caso Helmers contra Suecia –, 27 de junio de 2000 – caso Constantinescu contra Rumania.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional STC 120 de 2009. En el mismo sentido y con amplitud, cfr., Informe. El Tiempo de los derechos. Número 30 de 2013. Huri Age.

20 CSJ SP, 12 de ago. 2009, rad. 31854.

21 CSJ SP, 20 de nov. 2014, rad. 43557.

22 Sentencia T – 516 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

23 Corte Constitucional, entre otras, sentencias C 142 de 1993 y C 047 de 2006.

24 Corte Constitucional, sentencia C 792 de 104, en la cual, entre otros temas, se refiere la Corte a la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria impuesta en segunda instancia por primera vez.

25 Corte Constitucional. Sentencia T 516 de 2005.

26 Cfr., en ese sentido, las siguientes decisiones: CSJ AP. 18 Abr. 2012, rad. 38188 y CSJ SP. 24 Jul. 2012, rad. 39414.

27 Cfr., las sentencias CSJ SP, 17 Oct. 2012, rad. 39065, CSJ. SP, 6 Dic. 2012, rad. 39370, CSJ SP, 20 Feb. 2013, rad. 39353 y CSJ SP, 2 Jul. 2014, rad. 39356.

28 Sentencia C - 248 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

29 En relación con los efectos de los comunicados de prensa, se tiene que estos constituyen “una herramienta útil para la comunicación del sentido de las decisiones que adopta la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad, las cuales tienen efectos a partir del momento en que se adoptan, pues así lo exige la vigencia de los principios de legalidad, seguridad jurídica y preservación de la cosa juzgada constitucional”. Auto 022 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

30 Comunicado de prensa No. 43 de octubre 29 de 2014. Sentencia C - 792 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

31 Ibídem.

32 Corte Constitucional. Sentencia C - 634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

33 Sentencia del julio 3 de 1996. En el mismo sentido, providencia del 20 de abril de 2005, radicación 2005.

34 Cfr. CSJ SP, 18 de abr. 2012, rad. 38356.

35 Salvamento de voto, 20 feb. 2013, rad. 39353, citada ut - supra.

36 Folios 159 y 160 cuaderno original No. 1.

37 Folios. 4 y 5 cuaderno anexo No. 2.

38 Folios 193 al 196 cuaderno anexo No. 2.

39 Folios 187 al 191 cuaderno anexo No. 2.

40 Folios 170 al 174 cuaderno anexo No. 3.