

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MAGISTRADO PONENTE

SP9087-2014

Radicado 39.356

Aprobado acta número 202

Bogotá, D.C, dos (2) de julio de dos mil catorce (2014)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procesado, la Fiscalía y el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2012, mediante la cual la Sala de Decisión Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga, condenó al doctor HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, ex Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, como autor del delito de Peculado por Apropiación en favor de terceros.

HECHOS

Así fueron narrados en la decisión de instancia:

“Entre los años de 1995 y 1997, el doctor HAROLD GAMBOA

VELÁSQUEZ, en su calidad de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, tramitó y falló tres procesos ordinarios laborales adelantados a través de apoderado judicial por los señores Jorge Eliécer Mosquera, Isabel Riascos (en representación de Onis Hinestroza Riascos) y Amparo del Socorro García, como sustituta de Arturo Claros Rosero, condenando a la entidad estatal demandada - Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia - Foncolpuertos - a pagar a favor de los actores una serie de acreencias laborales e indemnizaciones moratorias, sobre las cuales - según la acusación - no tenían derecho; pagos que se hicieron efectivos a favor de los demandantes así:

“1.- A Favor de Jorge Eliécer Mosquera Rivas, mediante fallo número 213 del 3 de mayo de 1995, ordenó liquidación de cesantías definitivas en cuantía de \$ 100.111.14, así como \$ 15. 134.001.79 por indemnización moratoria desde el 12 de febrero de 1992, a la fecha de la providencia y \$ 13.057.81 diarios hasta que se verifique el pago. Como agencias en derecho fijó, mediante auto de mayo 10 de 1995, la suma de \$ 4.589.821 a favor de la parte demandante.

“En oficio número 031 del 17 de febrero de 1997, se ordenó al banco Popular el pago del título judicial número 1510741, por valor de \$ 14.164.113.14 a favor del demandante.

“2.- A favor de Amparo del Socorro García Arteaga, sustituta de Arturo Claros Rosero, por sentencia número 677 del 16 de noviembre de 1995, ordenó liquidación de cesantías definitivas, en cuantía de \$ 78.349.02, así como \$ 16.470.67 diarios como indemnización moratoria, desde el 20 de octubre de 1992, hasta que se verifique el pago. Como agencias en derecho fijó, mediante auto de noviembre 30 de 1995, la suma de \$ 5.557.650 a favor de la parte demandante.

“3.- A favor de Isabel Riascos, como representante de Onis Hinestroza Riascos, sustituta de Laurentino Hinestroza, mediante fallo número 496 del 2 de agosto de 1994, ordenó reajuste de la pensión de jubilación, reconocida mediante resolución número 26300 de diciembre 22 de 1973, fijándola en \$ 4.985.30 mensuales, y como diferencia de la pensión reajustada a la fecha de la providencia \$ 68.198.44, así como \$ 968.123.04 por diferencia de reajuste pensional.

“Una vez las precitadas providencias surtieron el trámite jurisdiccional de consulta, ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo número 1433 del 21 de mayo de 2002, fueron revocadas por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, al estimarse que fueron proferidas contrariando de manera ostensible la ley laboral; y en su lugar absolviendo (sic) a la parte demandada - Foncolpuertos - de las condenas impuestas por el Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura: HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1.- El 5 de octubre de 2005, la Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá ordenó abrir indagación previa (fs., 7 cuaderno 1), y el 4 de mayo de 2007, investigación penal contra HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, por la probable comisión de los delitos de prevaricato por acción, en concurso con el de peculado por apropiación en favor de terceros (fs., 19 cuaderno 1).

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

2.- El 7 de mayo de 2007, decretó la conexidad procesal de otras investigaciones contra el ex juez GAMBOA VELÁSQUEZ, por la probable comisión de los delitos de peculado y prevaricato, originados en los procesos ordinarios laborales propuestos por Laurentino Hinestroza, representado por Isabel Riascos, Amparo del Socoro García Arteaga, en representación de Arturo Claros Rosero, Jorge Eliécer Mosquera Rivas y Edmundo Ordóñez Arroyo (fs., 16 cuaderno 1).

3.- El 22 de junio de 2007 lo declaró persona ausente (fs., 32 cuaderno 1) y el 30 de noviembre siguiente definió su situación jurídica, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por la probable comisión del concurso sucesivo y homogéneo de conductas punibles de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros (fs., 55 cuaderno 1).

En la misma providencia, decretó la preclusión de la investigación de los delitos de prevaricato por acción y peculado en favor de terceros, respecto de las conductas originadas en el proceso laboral propuesto por Edmundo Ordóñez Arroyo.

4.- El 20 de febrero de 2008 cerró la investigación (fs., 156 cuaderno 1) y el 25 de junio siguiente profirió resolución de acusación contra el procesado, por la comisión del delito de peculado por apropiación a favor de terceros (fs., 181 cuaderno 1).

5.- El 17 de agosto de 2010 se realizó la audiencia preparatoria, en la cual se negaron las pruebas pedidas por la defensa y se decretaron las solicitadas por la Fiscalía (fs., 296 cuaderno 1).

6.- El 8 de febrero de 2011 y el 13 de febrero de 2012 se llevó a cabo la audiencia pública y el 29 de marzo del mismo año se dictó la sentencia impugnada (fs., 615 cuaderno 3).

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Al contrario de la opinión de la defensa, que sostuvo que como en el curso del proceso se reconoció la prescripción de la acción penal respecto del delito de prevaricato por acción, no podía proseguirse la actuación por el delito peculado por tratarse de la misma conducta, el Tribunal sostuvo, como respuesta a la recurrente en cuanto a la denuncia de violación al principio del non bis in idem, que se trata de conductas que protegen bienes jurídicos distintos y que tienen una autonomía fáctica y valorativa completamente diferente.

Aceptó, en cambio, la prescripción de la acción penal respecto del delito de peculado por apropiación en beneficio de Isabel Riascos, al estimar que como el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, que modificó el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, dispone “que si el valor de lo apropiado no supera un monto de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena (de 4 a 15 años) se disminuirá de la mitad a las tres cuartas 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 que el pago por un valor inferior al indicado en la norma citada se verificó el 17 de marzo de 1995.

De otra parte, 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 encuentran 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 Jorge Eliécer Mosquera y Amparo del Socorro García, quien obró

como sustituta de Arturo Claros Rosero.

Se refirió a las sentencias del Juez Laboral y destacó que ante su ostensible ilegalidad fueron revocadas por la Sala de Decisión Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, 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 el patrimonio del Estado.

Consideró que si bien el acusado no tenía de manera permanente la tenencia, administración o custodia, si tenía una relación de disposición funcional, que le permitió en ejercicio de su investidura, 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 el haber optado por una línea de interpretación que el Tribunal Superior revocó ante su evidente ilegalidad – en este caso al menos en tres asuntos –, demuestra la libre y voluntaria decisión de menoscabar las finanzas públicas, como lo confirma el haber dispuesto la reliquidación de cesantías sin el soporte fáctico y probatorio, 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.

Reafirmó, como una prueba más del actuar doloso del Juez, el hecho de haberse rehusado a someter sus decisiones al grado jurisdiccional de consulta, situación que únicamente se explica por el interés de ocultar los vestigios de una conducta evidentemente ilegal.

En consecuencia, el Tribunal condenó al doctor GAMBOA VELÁSQUEZ a la

pena principal de 74 meses de prisión, multa en cuantía de \$ 39.456.083 pesos, a la indemnización de perjuicios por el mismo valor y le negó la sustitución de la pena, por la comisión del delito de peculado a favor de Amparo del Socorro García Arteaga y Jorge Eliécer Mosquera Rivas.

También cesó el procedimiento por prescripción de la acción penal en relación con el delito de peculado a favor de terceros, originado en el proceso laboral instaurado por Isabel Riascos, quien obró como sustituta de Laurentino Hinestroza.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.- Del procesado.

Según el sindicado, las sentencias que profirió en distintos procesos laborales, al haber hecho tránsito a cosa juzgada, son incontrovertibles, de manera que no se puede cuestionar su legalidad y menos inferir indicios en su contra de una situación jurídica consolidada. Tampoco, dice, se puede deducir juicios en su contra por no haber dado curso al grado jurisdiccional de consulta en los tres asuntos en los cuales se sustenta el delito de peculado, debido a que fue después del 1º. de diciembre de 1999 - fecha posterior a los fallos que emitió -, que la Corte Constitucional, a través de la sentencia de unificación SU 966, impuso la obligación de tramitar esa especial forma de revisión de los fallos laborales.

En ese orden, denuncia la indebida intromisión con la posterior revisión de las sentencias por parte de una Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que atendiendo una cuestionable decisión del Consejo Superior de la Judicatura, infringió las reglas de competencia territorial, al revisar un asunto de un juez del Distrito de Buga, de manera que la posterior revocatoria de las

decisiones por vía del grado de jurisdiccional de consulta no pueden incidir en el juicio penal que se le sigue, ni es posible deducir responsabilidades de ese hecho.

De otra parte, le preocupa al censor que la Sala de Decisión Penal le haya dado crédito a la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior, que a “diestra y siniestra” se dio a la tarea de revocar las sentencias proferidas por el Juez acusado, en lugar de constatar la veracidad de esas conclusiones, pues para citar solo un ejemplo, la reliquidación de cesantías se hizo sobre la base de considerar todo el tiempo trabajado, incluyendo días descontados y sanciones por no asistencia, y no la prima de servicios proporcional y vacacional, como equivocadamente concluyó la Sala Laboral en el proceso de Jorge Eliécer Mosquera.

En cuanto a la orden de pago impartida dentro del proceso laboral propuesto por Amparo del Socoro García Arteaga, defiende la potestad que tienen los jueces laborales de fallar más allá y por fuera de lo pedido, por lo cual no es ilegal que hubiese ordenado el pago de conceptos que fueron discutidos y probados en el proceso, como igualmente lo hizo al declarar no probada la suspensión de los contratos de trabajo, pues si bien el artículo 46 del Decreto 2127 de 1945 autoriza al empleador para descontar las prestaciones sociales en esos eventos, le corresponde al empleador la carga de probar ese supuesto, deber que en su criterio la demandada no cumplió y cuya incuria no le es imputable al juez.

De manera que no le asiste razón a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior, salvo que, como indebidamente lo hizo, se infiera la responsabilidad de otros procesos, pero no del análisis de los que se juzga, o de los cuestionables argumentos de las sentencias de la Sala Laboral del Tribunal Superior que, según lo expuesto, no tenía competencia para pronunciarse acerca de estos

temas.

Considera, de otra parte, que si bien frente al delito de prevaricato se tomó la decisión de precluir la investigación por prescripción de la acción penal, no existe evidencia de la contradicción manifiesta entre las sentencias proferidas y la Ley, pues el delito aludido es de legalidad y no de acierto, y en ese sentido sus decisiones contienen interpretaciones admisibles compatibles con el ordenamiento jurídico, lo cual descarta la ilegalidad de las decisiones y por tanto el delito de peculado que, según la sentencia, se sustenta en providencias ilegales, que desde luego no lo son.

Por último, cuestiona que un juez pueda cometer peculado por apropiación a favor de terceros, pues 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 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.

Por todo ello, considera que no existe certeza acerca del hecho punible y de su responsabilidad.

2.- Del Ministerio Público y la Fiscalía

Solicitan que se revoque parcialmente la sentencia impugnada y se devuelva al Tribunal Superior con el fin de que dicte la sentencia respecto del delito de peculado por apropiación que surge del proceso laboral propuesto por Isabel Riascos, conducta que indebidamente se consideró que había prescrito 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 cincuenta 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 canceló con base en la decisión que ordenó pagar periódicamente una pensión de jubilación mayor, hasta cuando cesó el pago de los mismos.

Por lo mismo, el monto de lo apropiado no es inferior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, sino mucho mayor, pues la demandante recibió un pago indebido por valor de \$ 20.511.985.77, valor que supera el límite señalado en la ley para atenuar la pena del injusto de peculado por razón de la cuantía de lo apropiado.

Piden, en consecuencia, que se revoque la decisión y se dicte la sentencia condenatoria de reemplazo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero. Según el numeral 3 del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolver los recursos de apelación interpuestos en los procesos que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Segundo. 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 del Estado, 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 que, como en seguida se verá, se encuentran plenamente acreditados en el proceso.

Sin embargo, a partir de la noción, contenido y función de los bienes jurídicos de administración pública y de justicia, el procesado defiende la inaceptable tesis de que los funcionarios judiciales no pueden incurrir en el delito de peculado, pues en su criterio, los jueces carecen de disponibilidad jurídica sobre los bienes estatales, cuestión que ha sido decidida por la Sala en sentido opuesto, al señalar que el vínculo entre el funcionario y los bienes del Estado.

En efecto, al menos desde la sentencia del 4 de octubre de 1994, radicado 8729, la Sala ha sostenido 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. (Resaltado en el texto)

En ese sentido, obsérvese que para obtener un pago al cual no tenían derecho los demandantes, la intervención del funcionario judicial resulta esencial, pues la sentencia ilegal se constituye 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 propicia con su decisión ilícita un riesgo jurídicamente desaprobado que desencadena un proceso institucional que se concreta en la producción del resultado lesivo y relevante.

Con todo, el ex juez cuestiona que se hable de una apropiación indebida, pues en su criterio las sentencias que ordenaron el pago de acreencias laborales son jurídicamente lícitas e incuestionables al haber hecho tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, ese argumento es inadmisibile, 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.

De ese modo, no es tan importante, como lo cree el recurrente, la discrepancia acerca de la viabilidad del grado jurisdiccional de consulta, pues con él o sin 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. El haber impedido el grado jurisdiccional de consulta es un medio para evitar el control de la decisión y un indicio de la ilegalidad de la misma, pero no un supuesto necesario de la validez intrínseca de la sentencia consultada, en el caso de que hubiese sido favorable al resultado del proceso laboral.

Tercero. El expediente indica que la ilegalidad de las decisiones mediante las cuales se ordenó el pago es evidente, y si bien la Sala no apreciará la dimensión antijurídica del comportamiento debido a que se 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 sentencia ilegítima la razón de ser y el fundamento de la apropiación indebida.

Basta observar que en la demanda laboral propuesta por Amparo del Socoro García Arteaga, se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con el argumento de que no se tuvo en cuenta para su liquidación el valor de los viáticos devengados desde octubre de 1990, hasta el mismo mes del año siguiente (fs. 4 anexo uno). Sin embargo, en la sentencia proferida 16 de noviembre de 1995, el Juez acusado no analizó los supuestos fácticos de la demanda, ni los mencionó, pues la decisión la plasmó en un formato en donde se anotaron unos valores sin indicar la razón de ser de los mismos.

De manera que arbitrariamente y sin relación alguna con los presupuestos de la demanda, el ex juez dispuso el incremento de la pensión de jubilación 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 adolece 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 con el proceso laboral propuesto por Jorge Eliécer Mosquera, pues además de que en la demanda no se mencionó los supuestos fácticos que fundamentan la pretensión de reliquidación de cesantías, pensión de jubilación e indemnización moratoria (fs., 1 a 5 anexo dos), nuevamente en un formato, sin explicar las razones de la decisión, el ex juez ordenó y liquidó en la sentencia del 3 de mayo de 1995, valores correspondientes a un derecho sin consideración alguna con lo aseverado en la demanda y sin exponer el fundamento de la decisión.

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.

Por eso, el socorrido pretexto de que la consulta no era viable para el momento en el cual decidió las controversias no incide sustancialmente en esta decisión, como no sea para deducir, de ese comportamiento procesal, un indicio en contra del procesado, casi que innecesario teniendo en cuenta la grotesca trama en la que participó con el fin de enriquecer ilegalmente a unos en perjuicio del interés general y los beneficios de todo orden que reporta la recta inversión pública.

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 de la elaborada trama 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 idem, debido a que dicha conducta fue simultáneamente juzgada al adecuarla 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 la Sala ha dicho, entre otras decisiones, en la sentencia CSJ SP, rad, del de 2014, 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, tiene una concepción jurídica polivalente, pues 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 idem, 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.

Quinto. Respecto a la determinación de la cuantía de lo apropiado en los delitos de peculado, sin perder de vista que se trata de un delito de conducta instantánea, la Sala ha distinguido los actos de apropiación de quien tiene la disponibilidad material de los bienes y la de quien goza de la disponibilidad jurídica, en los siguientes términos:

“El hecho de que se atribuya al procesado la disponibilidad jurídica de los bienes, informa de cómo el asunto examinado debe mirarse desde óptica distinta a aquellos en los cuales la persona acusada goza de disponibilidad material, pues, en estos últimos sí es posible advertir de un desplazamiento inmediato del bien, al tanto que en los primeros es necesario que esa facultad legal de ordenar a otros la entrega o pago, se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado.

“La ejecución, en consecuencia, no podía hacerse en un solo acto, sino una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico regido por el mismo designio criminal; propósito que consistió en declarar

ilegalmente que el monto de la pensión reconocida a favor de los demandantes era inferior a la que se les liquidó en su momento y, por supuesto, en ordenar que el reajuste de esas mesadas se les pagaran en adelante, periódicamente, cada mes, lo que en efecto ocurrió hasta cuando las sentencias constitutivas de prevaricato fueron revocadas.” (CSJ. SP, radicado 39.353, del 20 de febrero de 2013)

Por lo tanto, el monto de lo apropiado se obtiene a partir de sumar el monto de lo que se ordenó pagar en la sentencia, más el valor de las cuotas periódicas mensuales canceladas, contabilizadas hasta la fecha en que la ilegítima determinación fue revocada por la administración, según se indicó en la acusación en los siguientes términos:

“En cumplimiento de la sentencia número 496 del 2 d agosto de 1994, Foncolpuertos ordenó el pago de \$ 1.258.560.04, cancelados con nota débito número 01047 de marzo 17 de 1995; y por resolución número 545 del 19 de abril de 1995 dispuso incluir en nómina de éste mes y año el reajuste de la pensión y pagar las meadas atrasadas a esa fecha, así también por medio de resolución número 054 del 12 de enero de 1996 a favor de beneficiarios sustitutos. Información que se extrae de la resolución número 001259 de julio 15 de 2003 (fs. 7-11 y ss. conexo 16511) expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – Grupo Interno de Trabajo para la gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia –, en la que se dispuso el reintegro de la suma de \$ 20.511.985.77 como valores pagados demás en virtud del fallo de primer grado.

“Determínase como cuantía de la apropiación la suma de \$ 20.511.985.77 que totaliza las cantidades parciales pagados por los diferentes conceptos decretados en la sentencia. Ahora, si en aplicación del principio de favorabilidad entran en consideración todos los extremos que benefician la situación jurídica del procesado, habría que concluir en la

adecuación típica provisional de la conducta de conformidad con el artículo 133-1 del decreto 100 de 1980.”

Por lo tanto, la cuantía del delito de peculado relacionado con el proceso instaurado por Isabel Riascos en representación de Onis Hinestroza Riascos, es de \$ 20.511.985.77, y no de \$ 1.258.560.04 pesos, como equivocadamente lo consideró el Tribunal de instancia.

En efecto: 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 artículo 19 de la Ley 190 de 1995, prevé para este tipo de comportamientos 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. Por lo tanto, como el cierre de la investigación se realizó el 20 de febrero de 2008, la acción penal para ese momento no había prescrito.

Sexto. Por lo anterior, tal como ha sido la postura mayoritaria de la Sala1, se debe examinar si se reúnen los presupuestos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar al acusado, en relación con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros originado en el proceso laboral propuesto por Isabel Riascos.

El análisis sistemático de la prueba de las conductas que fueron juzgados en conexidad, permite destacar entre ellas un denominador común: la evidente ilegalidad de las sentencias que ordenan pagar a favor de los demandantes sumas a las cuales no tenían derecho. En otras palabras: las sentencias laborales constituyen el presupuesto esencial para demostrar el núcleo del tipo penal: la apropiación indebida de recursos del Estado por parte de terceros.

Desde la narración de los hechos, el Tribunal dejó en claro, respecto

del delito de peculado que tendría origen en el proceso laboral instaurado por Isabel Riascos, que en el expediente no obraba copia del expediente laboral, ni de la sentencia, pues en ese expediente se aportó únicamente (i) “la resolución número 001259 de julio 15 de 2003, por medio del cual se revoca la pensión, (ii) la constancia del pago realizado por valor de \$ 1.258.560.04, mediante nota débito 01047 del Banco Ganadero, y (iii) la certificación de lo adicionalmente pagado, suma estimada en \$ 19.253.425.00 pesos (fs., 42 cuaderno uno).

Lo anterior significa que el proceso propuesto por Isabel Riascos, el cual debe contener la demanda, y las sentencias de primera y segunda instancia, esenciales para analizar el injusto de peculado por apropiación, no fue incorporado al expediente y por lo tanto la Corte no puede determinar, en ese caso, la injusticia de la decisión que sirve de base para el recaudo del incremento de la pensión de jubilación. Claro que la Corte podría inferir, al igual que lo hizo en casos análogos, que seguramente dicha decisión también es ilegal y que por esa razón fue revocada en segunda instancia, pero esa reflexión responde más a una intuición que a un indicio.

En efecto, como lo ha señalado la Corte, al distinguir entre certeza y verosimilitud, que el enunciado verosímil responde a una reflexión intuitiva respecto a la normalidad con que ocurre cierto evento². Según eso, podría afirmarse que así como el ex juez acusado profirió varias decisiones ilegales que dieron origen al delito de peculado a favor de terceros, entonces se podría asumir que en este caso procedió de idéntica manera. Sin embargo, la ausencia de pruebas no permite determinar si ese es un enunciado verdadero o verosímil, por lo cual la decisión no se soportaría en pruebas, sino en suposiciones.

De manera que pese a la gravedad del comportamiento y a los reconocidos antecedentes del procesado, la Corte carece, respecto de esta particular conducta, de los medios probatorios para demostrar, en el grado que lo requiere el artículo 232 de la Ley

600 de 2000, el hecho punible y la responsabilidad del justiciable, razón por la cual lo absolverá por esta específica conducta por falta de pruebas.

En lo demás, confirmará la providencia de instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- Revocar el numeral primero de la sentencia impugnada, a través del cual se decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal a favor de HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, respecto del presunto delito de peculado por apropiación originado en el proceso ordinario laboral instaurado por Isabel Riascos, y en su lugar absolverlo por ese comportamiento.

2.- Confirmar en todo lo demás el fallo de origen y fecha impugnado.

Vuélvase el expediente al Tribunal de origen

Notifíquese y Cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A continuación me permito expresar las razones por las cuales me separé parcialmente de la providencia adoptada en el presente proceso el pasado 2 de julio de 2014.

Aun cuando estoy de acuerdo con la decisión de revocar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal dispuesta por el Tribunal, disiento del proceder de la Sala cuando entró de plano a dictar sentencia en punto a los cargos respecto de los cuales el a quo había adoptado la referida determinación, pues con ello se desconoció el carácter interlocutorio en ese aspecto del pronunciamiento de la colegiatura de primera instancia, pretermitiéndose consecuentemente el principio de la doble instancia.

En efecto, el Tribunal al paso que decretó la cesación de procedimiento por prescripción penal, condenó también al procesado HÁROLD GAMBOA VELÁSQUEZ por algunas de las imputaciones atribuidas por la Fiscalía. Esa situación hizo que la providencia de primera instancia adquiriera el carácter de decisión mixta, es decir,

por una parte, interlocutoria en cuanto decretó la cesación de procedimiento por prescripción y, por la otra, sentencia en el tópico en el cual declaró la responsabilidad del acusado por algunas conductas punibles.

Si bien las dos decisiones en mención fueron objeto de apelación, por un lado por la Fiscalía y el Ministerio Público y, por el otro, por el procesado, su doble naturaleza (interlocutoria y sentencia) no desapareció al resolverse la impugnación, luego si la Corte revocó la primera de ellas no por tal podía convertir un auto en fallo, para proceder, sin más, a condenar al acusado por el comportamiento punible por razón del cual el a quo había declarado la prescripción de la acción penal.

Esta Corporación de manera inveterada se ha pronunciado en el sentido de no ser factible variar la naturaleza jurídica de una decisión, así esté contenida en providencia de mayor entidad. Obsérvese:

Debe aceptar la Sala que como con acierto lo anota el Ministerio Público, el hecho de que en el mismo proveído formalmente entendido se haya decidido el recurso extraordinario de casación, profiriéndose el fallo respecto de los acusados y, así mismo, declararse la improcedencia de la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal relativa al delito de rebelión, no significa que de acuerdo a su naturaleza permanezca igual para las dos clases de decisiones, dado que, la que se abstuvo de declarar extinguida la acción penal no puede equipararse a un fallo, pues se trata de una decisión motivada de carácter interlocutorio.

Así se ha sido reconocido tradicionalmente por la jurisprudencia de esta Corte, al señalar 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 o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal” (subraya fuera del texto original, CSJ SP, jul. 3 1996. En el mismo sentido, CSJ SP, abr. 20 2005, rad. 20005).

Cuando la Sala mayoritaria optó, entonces, por proceder a condenar al procesado por razón de un cargo respecto del cual el Tribunal no se pronunció sobre su fundamento y legalidad, terminó pretermitiendo el principio de la doble instancia, pues dejó al afectado con esa decisión sin la posibilidad de interponer el recurso de apelación en punto a la condena en única instancia impuesta por la Corte.

No es de recibo, para predicar la corrección de ese proceder, el argumento según el cual como la Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, entonces está dotada de preparación y capacidad para fallar todos los asuntos penales que lleguen a su conocimiento, a manera del viejo refrán de que “quien puede lo más puede lo menos”, toda vez que un razonamiento de ese jaez perfectamente podría servir de fundamento para que la Corte se arrogara la facultad para juzgar todo tipo de controversias sin parar mientes en las competencias de los jueces de menor jerarquía y en la garantía de impugnación de que gozan las partes.

En mi criterio, por tanto, la Sala debió ordenar la ruptura de la unidad procesal y, consecuentemente, remitir copias de la actuación a sede del Tribunal a fin de que dictara el correspondiente fallo de primera instancia, siguiendo de esa manera la línea jurisprudencial plasmada en las providencias del 21 de marzo (rad. 38384), 18 de abril (rad. 38188) y 24 de julio de 2012 (rad. 39414), en las cuales se decidió en el sentido indicado.

Debo precisar que si bien dicha línea se alteró en las providencias del 17 de octubre (rad. 39065) y 6 de diciembre de 2012 (rad. 39370) y del 20 de febrero de 2013 (rad. 39353), en cuyas decisiones se optó por proferir de plano el fallo, tal variación no debió mantenerse por no consultar la normativa procesal que regula la naturaleza jurídica de las decisiones judiciales ni la garantía constitucional de la doble instancia.

En los anteriores términos dejo sentado mi disenso parcial de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada

Fecha ut supra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Comparto a cabalidad las razones expresadas por la Magistrada MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ en el salvamento de voto anterior. Con sustento en ellas, que es innecesario reproducir, considero que tras la decisión de la Sala de revocar el cese de procedimiento por prescripción dispuesto por el Tribunal en relación con el peculado por apropiación originado en el proceso laboral iniciado mediante demanda de Isabel Riascos, debía remitirse copia de la actuación a la primera instancia para dictar la sentencia correspondiente a ese cargo.

Era, en mi sentir, la única manera de salvaguardar la garantía de la doble

instancia.

Cordialmente,

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

Fecha ut supra.

1 CSJ SP, 20 Feb. 2013, rad. 39353

2 Cfr. AP. 32.776 del 1 de diciembre de 2010.