

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP4868 – 2021

Segunda Instancia No. 58595

Acta No. 283

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS

La Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía General de la Nación, los apoderados del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, de Colpensiones y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como representantes de víctimas, y por el exjuez Fabio Cabarcas Pardo y su abogado defensor, contra la decisión emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que lo absolvió por el delito de prevaricato por acción y lo condenó por los punibles de prevaricato por omisión y peculado por apropiación.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

2.1.1 Según el escrito de acusación, la Fiscalía 20 Especializada de la Unidad Nacional Anticorrupción compulsó copias para que se investigara a Fabio Cabarcas Pardo, en condición de Juez Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, por la posible comisión de delitos

al proferir sentencias en las que ordenó el reconocimiento y pago de pensiones de jubilación vitalicia en favor de trabajadores del SENA y de TELECARTAGENA, en aplicación del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

2.1.2 La investigación estableció que el funcionario judicial conoció de los procesos ordinarios laborales con radicación n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059, 2010-399 y 2011-105 contra el Instituto de los Seguros Sociales [en adelante ISS], además de los consecuentes procesos ejecutivos. En estos expedientes se identificaron los siguientes actos y omisiones con relevancia penal:

2.1.2.1 2011-045. Demandante: Marco Fidel Hernández Galindo y otros. El 30 de mayo de 2011, el juez profirió sentencia contra el ISS y ordenó el pago de pensión de vejez para cada demandante, así como ajustes, mesadas adicionales e intereses moratorios, por valor de \$9.349'163.854,06.

El 2 de junio de 2011, el apoderado del ISS interpuso apelación, pero «el juez no se pronunció sobre el recurso». Radicada la demanda ejecutiva el 7 de junio de 2011, el funcionario decretó embargo por \$10.731'150.017,22. El 24 de octubre de 2011, el abogado del ISS presentó «incidente de nulidad», el cual rechazó de plano mediante proveído del 5 de diciembre de 2011, a su vez, ordenó la entrega de título valor por idéntico valor del embargo.

La Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, por auto de mayo 29 de 2014, declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio, por carecer el juez de competencia, y ordenó remitir el expediente a reparto de los Juzgados Administrativos de Cartagena.

2.1.2.2 2010-451. Demandante: Daniel Enrique Velásquez Márquez y otros. El 30 de mayo de 2011, Cabarcas Pardo profirió sentencia contra el ISS por valor de \$12.042'288.523,27. El 7 de junio de 2011 se radicó demanda ejecutiva, en cuyo trámite decretó embargo por

\$13.770'420.321,70. El 14 de octubre de 2011 ordenó la entrega de títulos judiciales al abogado demandante por \$682'984.729,72.

El 24 de octubre de 2011, la apoderada del ISS promovió incidente de nulidad y el juez lo negó el 7 de diciembre de 2011, decisión apelada el 12 de diciembre de 2011. El 5 de noviembre de 2013, el proceso «fue en apelación [al] Tribunal» y el 22 de octubre de 2014 la corporación (Tribunal Superior de Cartagena) revocó el mandamiento de pago y levantó las medidas cautelares.

2.1.2.3 2011-058. Demandante: María del Rosario Álvarez Macea y otros. El 2 de junio de 2011, el juez profirió sentencia contra el ISS por \$10.316'354.496,89, «más costas». El 9 de junio de 2011 se radicó demanda ejecutiva, la cual fue admitida el día siguiente, ordenándose embargo por igual suma. El 17 de abril de 2012, dispuso la entrega de título judicial y archivo del proceso.

2.1.2.4 2010-059. Demandantes: Rodrigo Durango Giraldo, Luis Eduardo Pinto Meza, Sixto Manuel Ortega Morales, Adolfo Benito Martínez Pinto, Fidias Pérez Cuesta y otros. El 18 de noviembre de 2010, el juez profirió fallo contra el ISS. El 26 de noviembre de 2010 se demandó ejecutivamente, su admisión se cumplió el 29 de noviembre de 2010, decretándose embargo por \$7.388'850.425,03. El 2 de marzo y 1º de abril de 2011, ordenó entregar títulos judiciales por \$4.388'850.425,00 y \$3.000'000.000, 00 respectivamente, así como terminar el proceso y archivarlo.

2.1.2.5 2010-399. Demandante: Hernando Tejada Viaña y otros. El 2 de mayo de 2011, el juez condenó al ISS por \$5.874'631.599,35. El 9 de mayo de 2011 se radicó demanda ejecutiva, su admisión se materializó el 10 de mayo de 2011 y el 11 de julio siguiente profirió auto ordenando la entrega de títulos por valor de \$71'504.399,83.

2.1.2.6 2011-105. Demandante: Carlos Arturo Baena Blanco y otros. El 21 de octubre de 2011, el funcionario profirió fallo contra el ISS por \$5.638'203.561,93. El 27 de octubre de

2011 se demandó ejecutivamente, libelo admitido al día siguiente ordenándose embargo por \$6.200'000.000,00. El 15 de noviembre de 2011 aprobó la liquidación y mediante auto del 15 de mayo de 2012 ordenó la entrega de título judicial y el archivo del proceso.

2.1.3 El delegado del ente investigador precisó que a estos procesos fueron aportadas «sendas resoluciones del SENA y TELECARTAGENA», que certificaban que las entidades empleadoras ya habían reconocido y ordenado el pago de la pensión de jubilación a los demandantes, en aplicación de la Ley 33 de 1985. No obstante, el juez Fabio Cabarcas Pardo condenó al ISS al reconocimiento y pago de pensión de vejez, con fundamento en la misma norma, incurriendo así «en un doble pago de tal prestación pensional, vulnerando flagrantemente la prohibición del art. 128 de la Constitución Política, referida a que ningún ciudadano puede devengar más de una asignación que provenga del tesoro público...».

2.1.4 También expuso que las sentencias laborales cuestionadas ordenaron irregularmente el reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, desde la fecha en que cada accionante cumplió «la edad exigida para tal efecto y no desde el momento [del retiro] del servicio laboral», recibiendo simultáneamente salario y pensión. Y que, adicionalmente, ordenó el desembolso retroactivo al ISS, sin estar obligado al pago de pensión de jubilación, como obligación principal, ni «a pagar la obligación accesoria a dicha prestación».

Sobre este punto, agregó que las decisiones fueron adoptadas en contravía de las exigencias sobre concesión de pensión vejez, «la cual si le corresponde reconocer y pagar al ISS[,] por si solo o compartida en algunos casos con el empleador, ésta es de mayor rigor en cuanto solo procede su concesión a partir de que el ciudadano solicitante cumpla la edad de 60 años (...) y no desde el momento en que cumple la edad requerida para la pensión de jubilación, a la que está obligada a reconocer es el empleador», que para el caso concreto es el SENA o TELECARTAGENA, siguiendo el régimen aplicable, desde los 50 o 55 años, dependiendo si es hombre o mujer, según lo indicaban las resoluciones aportadas a las demandas.

2.1.5 A juicio de la fiscalía, desde la admisión de las demandas se presentaron irregularidades, pues debieron inadmitirse o rechazarse, como en efecto ocurrió con otras demandas ordinarias con las mismas pretensiones interpuestas ante otros despachos judiciales, toda vez que la competencia radicaba en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa y no en la ordinaria. Además, el juez debió oficiosamente verificar ante el SENA si las resoluciones de reconocimiento y órdenes de pago de las pensiones de jubilación se estaban cumpliendo.

2.1.7 Para el ente persecutor, pese a que las sentencias afectaron intereses de entidades estatales, el funcionario judicial no dispuso surtir el grado jurisdiccional de consulta, impidió que fueran conocidas por el superior jerárquico y facilitó «que rápidamente se impulsara el respectivo proceso ejecutivo en vía de hacer efectivas las condenas económicas que dispuso y se diera paso a la materialización de los embargos decretados que garantizaran el pago en favor de los ex trabajadores del SENA demandantes y sus abogados».

Por eso, afirmó que el adelantamiento de los procesos ejecutivos con posterioridad a la emisión de las sentencias devenía «irregular e ilegal», pues «la sentencia base de la ejecución (...) no se encontraba ejecutoriada», al no haberse surtido el referido grado jurisdiccional de consulta.

2.1.8 En cuanto a las órdenes de pago, expuso que el juez reconoció pensiones de jubilación disfrazadas de pensión vejez, ordenó el desembolso de retroactivo pensional calculado a partir de 55 años, pese a que algunos demandantes se encontraban laborando y otros ya percibían pensión de jubilación por reconocimiento del ISS, con pago compartido con el empleador.

Igualmente, concedió intereses moratorios del 90% en pensiones ya reconocidas, sin que existiera incumplimiento en pagos, «disponiendo (...) de dineros públicos pertenecientes al ISS sobre los cuales ordenó su pago ilícitamente en favor de terceros que no tenían derecho

a obtenerlos, dando trámite a los respectivos procesos ejecutivos».

2.1.9 Como cuantía total de lo apropiado, precisó un «valor aproximado a los \$53.885'407.158,00, afectando gravemente los dineros públicos manejados por el ISS».

2.2 Procesales

2.2.1 El 16 de diciembre de 2016, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena, la fiscalía formuló imputación en contra de Fabio Cabarcas Pardo como autor de los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, prevaricato por omisión y peculado por apropiación en favor de terceros.

2.2.2 El 9 de febrero de 2017, el ente instructor radicó escrito de acusación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena por las anunciadas ilicitudes, sin referir la existencia de un concurso homogéneo y sucesivo respecto del delito de prevaricato por acción e incluyó las circunstancias de menor y mayor punibilidad previstas en los artículos 55 numeral 1º y 58 numeral 9º del Código Penal. Posteriormente, adicionó la acusación en el acápite de «descubrimiento probatorio». La verbalización tuvo lugar los días 16 de junio y 18 de julio de 2017 y 18 de septiembre de 2018.

2.2.3 La audiencia preparatoria se adelantó entre el 20 de noviembre de 2018 y el 29 de enero de 2019, y el juicio oral se agotó en sesiones del 26 de marzo, 23 y 24 de abril, 18 de junio, 23 de julio y 14 de agosto de 2019. En las dos últimas fechas fueron expuestos los alegatos finales y se informó que luego se convocaría a los interesados para anunciar el sentido del fallo.

El 23 de abril de 2020, el magistrado ponente registró proyecto de decisión y el 10 de junio siguiente, una de las integrantes de la Sala del Tribunal manifestó impedimento para seguir conociendo del asunto, al encontrarse cobijada por la causal prevista en el artículo 56

numeral 15 de la Ley 906 de 2004, que la Corte declaró fundado mediante proveído CSJ AP1537-2020, 15 jul. 2020, rad. 57779.

2.2.4 La actuación se reanudó el 8 de septiembre de 2020 con el anuncio del sentido del fallo y el 16 de octubre posterior, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena profirió sentencia de primera instancia, por la cual: (i) absolvió a Fabio Cabarcas Pardo por el delito de prevaricato por acción; (ii) lo condenó por los injustos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato omisivo, imponiéndole las penas principales de 154 meses y 2 días de prisión, interdicción de derechos por el mismo lapso, multa de \$26.780'000.000, inhabilidad permanente para el ejercicio de funciones públicas (artículo 122 de la Constitución Política) y, (iii) le negó la suspensión de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria y ordenó su captura inmediata¹.

2.2.5 La referida decisión fue apelada en lo desfavorable por los apoderados del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales En Liquidación [en adelante P.A.R.R. I.S.S.], de Colpensiones y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en su condición de víctimas, así como por la Fiscalía General de la Nación, por el sentenciado y por su abogado defensor.

III. EL FALLO RECURRIDO

En un acápite preliminar, el Tribunal aludió a los requisitos legales y jurisprudenciales que deben cumplirse en la incorporación de documentos públicos al juicio oral, en respuesta a la inconformidad del procesado, quien cuestionó la autenticidad de los expedientes laborales incorporados como prueba documental a esta actuación.

Aclaró que la decisión a tomar se circunscribiría a las actuaciones cumplidas en los procesos laborales radicados con los n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, debido a que, «[p]revio a exponer su alegación de clausura, el delegado del ente acusador informó que no haría referencia al proceso laboral con radicado 2011-00105, por cuanto no

realizó el descubrimiento de todas las piezas documentales de ese trámite procesal»2.

Refirió que los delitos imputados fueron: (i) prevaricato por acción «en concurso homogéneo y sucesivo», (ii) prevaricato por omisión y (iii) peculado por apropiación en favor de terceros. Por el primero, profirió sentencia absolutoria y por los últimos condenatoria.

3.1 Argumentos para absolver por el delito de prevaricato por acción

3.1.1 Afirmó que la admisión de los libelos en los procesos ordinarios laborales n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, cuyos demandantes eran trabajadores del SENA, desconoció manifiestamente la ley, porque la competencia para su conocimiento recaía en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no en la laboral, por tratarse de una entidad pública del orden nacional. No obstante, en virtud del principio de congruencia, la conducta de prevaricato por acción debía analizarse únicamente respecto de la «emisión de las sentencias ordinarias laborales», pues solo por esos hechos se acusó.

3.1.2 Explicó que, en aplicación del régimen de transición, la legislación más favorable para los actores era la Ley 33 de 1985, porque exige una «edad equitativa sin discriminación de género» y un tiempo de servicios de veinte (20) años continuos o discontinuos, requisitos acreditados para la fecha de radicación de las demandas, esto es, los días: 7 de febrero de 2011 (rad. 2011-045); 29 de noviembre de 2010 (rad. 2010-451); 17 de febrero de 2011 (rad. 2011-058); 24 de febrero de 2010 (rad. 2010-059); y, 19 de octubre de 2010 (rad. 2010-399).

De modo que, a los demandantes, les asistía el derecho a la pensión de vejez con la vocación de ser compartida, de conformidad con el Decreto 758 de 1990 artículo 18, según fue reconocido expresamente en las sentencias objeto de acusación, correspondiéndoles a los empleadores cancelar únicamente el mayor valor entre la pensión de jubilación y la reconocida por el ISS. Ante esta última entidad, agotaron sin éxito la reclamación

administrativa, resultando procedente la vía judicial.

3.1.2.1 Sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, dijo no advertir que las decisiones adoptadas hayan sido manifiestamente contrarias a la ley, pues estuvieron acordes con las pruebas allegadas a cada actuación. Adicionalmente, el hecho que los procesos hayan sido fallados en la jurisdicción ordinaria y no en la contenciosa administrativa, en nada varía la falta de configuración del elemento objetivo del prevaricato, pues el resultado en una u otra sería la misma, en atención al principio de unidad de jurisdicción.

Para el Tribunal:

[c]on el proferimiento de las sentencias judiciales aquí cuestionadas, lo que finalmente se obtuvo es la ratificación de las pensiones que ya habían reconocido los empleadores públicos, y cuyo único efecto en favor de los ex empleados demandantes, era la adquisición del estatus de pensión de vejez a cargo del ISS; igualmente la subrogación de la obligación pensional, ahora a cargo del I.S.S.

3.2 Argumentos para condenar por el delito de prevaricato por omisión

3.2.1 En criterio del tribunal, se acreditó la tipicidad objetiva de la conducta porque el juez no se pronunció frente al recurso de apelación interpuesto el 2 de junio de 2011 por el apoderado del ISS, contra la sentencia condenatoria del 30 de mayo de 2011, proferida en el proceso ordinario laboral n.º 2011-045, ya sea para concederlo, negarlo o declararlo desierto. De esta manera, contrarió lo dispuesto en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003.

3.2.2 En lo atinente a la tipicidad subjetiva, explicó que el funcionario judicial actuó con conocimiento y voluntad de incurrir en la conducta, teniendo en cuenta: (i) su formación

profesional y la «vasta experiencia» con la que contaba para la fecha de los hechos, (ii) que luego de instaurado el recurso resolvió solicitudes de otra índole, guardando silencio sobre la apelación, y (iii) la «actitud posterior a la interposición del recurso desplegada por el procesado», al rechazar la nulidad interpuesta por desconocimiento del deber de respuesta, refiriéndose «sutilmente» a una eventual improcedencia por falta de sustentación del recurso.

3.2.3 En cuanto a la antijuridicidad, precisó que la conducta lesionó el bien jurídico de la administración pública, los derechos de los intervinientes en el trámite y de la sociedad (antijuridicidad). Y en cuanto a la culpabilidad, que el procesado tuvo la posibilidad de actuar conforme a derecho atendiendo la posibilidad de comprensión de su comportamiento (culpabilidad), pero decidió optar por la vía de la ilicitud.

3.3 Argumentos para condenar por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros

3.3.1 Señaló que el juez Cabarcas Pardo ejerció actos de disposición jurídica sobre recursos públicos cuando ordenó el embargo y retención de los dineros administrados por el ISS y dispuso su entrega a ex trabajadores del SENA y de TELECARTAGENA. Igualmente, al ordenar al ISS el pago de sumas por concepto de retroactivos pensionales, intereses moratorios y costas procesales, al interior de los procesos ejecutivos laborales que siguieron luego de los trámites ordinarios n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399.

Agregó que «no hay lugar a pregonar un concurso de conductas punibles, por cuanto la fiscalía no lo enrostró», así que resulta viable aplicar el concepto de unidad de acción en apego al principio de congruencia, bajo el entendido que fue una «única finalidad la de apropiarse indebidamente en favor de terceros de dineros públicos».

3.3.2 La apropiación de recursos tuvo lugar al no surtir en estos procesos el grado

jurisdiccional de consulta, pese a que las sentencias fueron proferidas contra el ISS, entidad descentralizada en la que la Nación es garante. Ante la ausencia de este trámite, las decisiones no estaban ejecutoriadas y «los títulos ejecutivos no se hallaban exigibles para ser cobrados», sin embargo, inmediatamente después de proferirse los fallos, se dio inicio a los respectivos procesos ejecutivos laborales.

3.3.3 Los extrabajadores carecían de legitimación en la causa por activa para ejecutar el pago de las obligaciones que, por concepto de retroactivos, se generaron con las sentencias laborales ordinarias, toda vez que ellos no eran los acreedores de tales obligaciones, sino que las diferencias debían cobrarse entre la entidad empleadora y el ISS, en atención a la figura de compatibilidad laboral. De ahí que tampoco resultara procedente ordenar mandamiento de pago en favor de los ciudadanos o que se procediera a ordenar el embargo, retención y entrega de los dineros públicos.

En relación con esta temática precisó que, así estos dineros provengan de un fondo común administrado por el ISS, no del tesoro público, tienen la condición de bienes parafiscales, porque son patrimonio de afectación donde los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley, y «sobre estos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna».

3.3.5 Afirmó que el acusado obró con conocimiento y voluntad de realizar la conducta punible, cumpliéndose así el elemento subjetivo, aspecto que se deduce, (i) de su formación jurídica y experiencia en materia laboral, (ii) no podía disponer de dineros públicos en favor de quienes no eran acreedores, (iii) el pago por retroactivos debía cancelarse a los empleadores, quienes «no dejaron desamparados a los demandantes» pagando las mesadas periódicas de jubilación, asumiendo la obligación del ISS, (iv) el pago de las pensiones estaba supeditado a «las condiciones impregnadas en los actos administrativos que reconocieron la prestación extralegal y las propias razones jurídicas insertas en las sentencias», y (v) las decisiones no se encontraban ejecutoriadas porque no cursó el

trámite de consulta.

3.3.6 La conducta lesionó efectivamente el bien jurídico de la administración pública por transgresión de las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado, así como entregarlos a particulares que no tenían derecho a acceder a esos bienes (antijuridicidad). Y, además, el procesado actuó con conocimiento de que su actuar era contrario a la ley, sin que se advierta algún tipo de trastorno en su comportamiento que le impidiera esta comprensión (culpabilidad).

IV. LAS IMPUGNACIONES

4.1 Fiscalía General de la Nación

Solicitó revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y condenar al procesado por el delito de prevaricato por acción, incrementando la pena «en lo pertinente», con los siguientes argumentos:

4.1.1 El elemento normativo del tipo penal logró cabal estructuración, porque las sentencias cuestionadas proferidas por el acusado, que reconocieron pensión vejez a extrabajadores del SENA y de TELECARTAGENA, «realmente conllevaron al reconocimiento es de la pensión de jubilación ya reconocida por acto administrativo de las entidades empleadoras», evento que origina un doble reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, prohibido por el artículo 128 de la [Constitución Política](#).

Esta circunstancia se confirma en las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación emitidas por las entidades empleadoras, anexas a las demandas laborales, donde se dispuso la liquidación de la pensión a cada trabajador, de conformidad con el art. 1º de la Ley 33 de 1985, incluyendo la condición resolutoria, según la cual, pagaban dicha mesada hasta tanto el ISS les reconociera a los trabajadores la pensión de vejez y, a partir de ese momento, pagarían el mayor valor, si fuere necesario, en virtud de la compartibilidad

pensional.

Las demandas laborales solicitaron el reconocimiento de la pensión de jubilación vitalicia o de vejez, pero los hechos enunciados en cada una de ellas estaban dirigidos al reconocimiento de la pensión de jubilación (ya reconocida por el empleador), a las que accedió el Juez Sexto Laboral del Circuito de Cartagena ordenando su pago desde la fecha en que los demandantes cumplieron 55 años, sin referir al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez (60 años de edad y la «cotización de riesgos»).

4.1.2 En cuanto a la tipicidad subjetiva, el procesado, (i) antes de proferir las sentencias, contó con elementos de juicio que le indicaban que las pretensiones pensionales de las demandas ya habían sido reconocidas y ordenadas, (ii) se arrogó jurisdicción y competencia para conocer de estos procesos, (iii) no agotó el grado jurisdiccional de consulta, (iv) no concedió un recurso de apelación oportunamente interpuesto, (v) para la fecha de los hechos tenía conocimiento y experiencia en temas pensionales, y (vi) actuó con «celeridad evidenciando su afán de materializar rápidamente la ejecución de las sentencias condenatorias».

Si bien la fiscalía ubicó la falta de competencia del funcionario «como significante del elemento subjetivo del tipo penal y no estructurante del elemento objetivo del mismo», dicha circunstancia no resulta incoherente con el escrito de acusación y, su valoración para determinar la ocurrencia de la conducta punible no vulnera el principio de congruencia entre la acusación y el fallo, ni su núcleo fáctico, pues la ilegalidad de las actuaciones alude tanto la admisión de las demandas como al proferimiento de las decisiones judiciales.

4.2 Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.

Su mandatario judicial solicitó también revocar parcialmente el fallo de primera instancia, para condenar al procesado por el delito de prevaricato por acción, por ende, aumentar la pena con ocasión del concurso de ese delito y modificar el monto de la cuantía apropiada.

Como argumentos, expuso:

4.2.1 El acusado contrarió manifiestamente la ley al emitir las cinco (5) sentencias, pues tramitó esos procesos sin competencia, lo que condujo a que dichas actuaciones fueran nulas e insaneables. Sobre el delito de prevaricato por acción, la fiscalía no lo limitó a la expedición de las sentencias, sino «a la totalidad de la actuación», desde la admisión de la demanda hasta la entrega de los títulos judiciales, como se deduce del escrito de acusación.

4.2.3 El valor que debe declararse apropiado, siguiendo los elementos del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, es de \$30.820'819.888,76, según se deduce de la prueba n.º 455 relacionada en la adición al escrito de acusación como «oficio número DJU 10300 00000160 de fecha 15 de febrero de 2017, suscrito por Angela María Ramos Sánchez del Departamento Jurídico del PAR ISS – Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación», que alude a trece (13) títulos judiciales «cancelados» por ese valor, con ocasión de embargos a cuentas de la extinta entidad.

4.2.4 La primera instancia negó la solicitud de los representantes de víctimas de compulsar copias para que se investigara el posible delito de prevaricato por acción en el fallo de tutela del 23 de noviembre de 2011, rad. 2011-00186, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y que el procesado citó como fundamento para no dar trámite al grado jurisdiccional de consulta en las decisiones que profirió. No obstante, la segunda instancia debe proceder con el estudio de dicha solicitud y «emitir una respuesta a las víctimas en sede de dogmática penal».

4.3 Colpensiones3

Solicitó revocar parcialmente el fallo de primera instancia y, en su lugar, proferir sentencia condenatoria por el delito de prevaricato por acción e incrementar la pena «en ocasión al otro tanto por el concurso con este otro delito», con los siguientes argumentos:

4.3.1 El a quo identificó irregularidades como, (i) la falta de jurisdicción y competencia, (ii) no se dio trámite al grado jurisdiccional de consulta, (iii) las medidas de embargo, secuestro y entrega de títulos valores pese a que las decisiones no se encontraban en firme, y (iv) que algunos beneficiarios no eran acreedores. Adicionalmente, expuso que fueron actuaciones alejadas del procedimiento y la normatividad aplicable, pero aun así concluyó que no se había configurado el delito de prevaricato por acción.

Esta situación configura un falso raciocinio con «ocasión a la desatención del principio lógico de no contradicción», pues se concluye la existencia de irregularidades que condujeron a la apropiación ilícita de recursos, todas contenidas en el núcleo fáctico de la acusación, pero al mismo tiempo se dice que las decisiones judiciales que «materializaron esas determinaciones» no fueron manifiestamente contrarias a la ley.

4.4 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Solicitó revocar la absolución por el delito de prevaricato por acción y proferir sentencia condenatoria «sumando a la pena lo que corresponda por el concurso de delitos». Preciso que:

4.4.1 De los documentos allegados, se desprendía con claridad que el SENA y TELECARTAGENA ya les habían reconocido a los demandantes la pensión de jubilación, con fundamento en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 y el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, invocados por vía judicial, y ante la eventual duda sobre ese hecho, el procesado debió realizar las «diligencias necesarias» para clarificar la situación y determinar las condiciones en que fueron reconocidas, si eventualmente se habían suspendido o revocado, o si estaban siendo compartidas.

4.4.2 El artículo 6º del Decreto 813 de 1994, que reglamentó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ISS asumiría el pago de la pensión conforme a las disposiciones del régimen anterior a la vigencia de esta última norma, únicamente por las circunstancias

allí plasmadas, exigencias que fueron desconocidas en las decisiones que profirió el procesado y, además, fundamentó los fallos en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, «situación que surge como prevaricadora por acción».

La pensión de jubilación que les reconoció el SENA a los demandantes tiene carácter legal, «por lo tanto la norma aplicable al asunto es el artículo 16 del Decreto 758 de 1990, mas no el artículo 18 del decreto 758 de 1990, como errada y deliberadamente procedió el procesado». En todo caso, todas las pensiones de jubilación reconocidas luego del 17 de octubre de 1985 pueden ser compartibles con la pensión reconocida por el ISS, por lo que «al generarse unas sumas en dinero por concepto del pago del retroactivo de la pensión reconocida por el ISS, éste le correspondería al SENA por ser la entidad que venía cancelando el valor total de la pensión a favor de los demandantes y no a los demandantes directamente como lo resolvió en la sentencia».

4.4.3. Si bien se reunían los presupuestos para declarar la compartibilidad de las pensiones reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, el procesado profirió las sentencias concediendo el pago del retroactivo pensional en favor de los demandantes y en contra del ISS, «cuando si alguna mora existió no era imputable al ISS sino al SENA que pagaba la pensión de jubilación».

En todo caso, las decisiones son contradictorias porque liquidaron el retroactivo pensional a favor de los demandantes y en contra del ISS, «cuando en sede de pensión de jubilación esta última entidad no tenía responsabilidad de pago, su obligación de pago nace a partir de cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez».

4.5. Procesado

Solicitó, de manera principal, declarar «la nulidad de lo actuado desde la audiencia de lectura del sentido del fallo, y rehacer el sentido del fallo, excluyendo las pruebas indebidamente valoradas, garantizando así el ejercicio del derecho a la defensa y al debido

proceso» y, en subsidiariedad, revocar los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del fallo de primera instancia para absolverlo de los delitos por los cuales fue condenado, por las siguientes razones:

4.5.1 De la nulidad

Posteriormente, los documentos fueron incorporados por el delegado del ente investigador, aduciendo que eran públicos y que por tal razón no necesitaban de testigo de acreditación. La defensa material se opuso a ese proceder, al argüir que se trataba de copias incompletas, sin autenticar, y que no fueron sometidas a cadena de custodia, pero la judicatura respondió que no eran asuntos previstos para tratarse en la «aducción de la prueba»⁴ sino en su valoración al proferir la sentencia, por lo que ordenó su incorporación al proceso.

En la audiencia del 8 de septiembre de 2020, en la que se anunció el sentido del fallo, la primera instancia señaló que se trataba de documentos auténticos que no requerían de testigo de acreditación y que, por ende, podían ser incorporados directamente por la fiscalía, contradiciendo así el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, que regula la forma como deben ser ingresados los documentos al proceso y el 205 ejusdem que regula la cadena de custodia.

Así, a la actuación se allegaron copias simples de las resoluciones que ordenaban el pago de las pensiones y reclamaciones, donde se aducía que a los beneficiarios no se les había pagado, pero el ISS guardó silencio y tampoco se pronunció en la notificación de la demanda o en el curso de los procesos, «generando una omisión valorable como conducta procesal de las partes» o indicio grave en contra del demandado, como lo señala el párrafo 2º del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo.

También se incorporaron en copia simple las demandas y las sentencias proferidas en cada trámite, pero se trató de documentos «mutilados», sin anexos, sin registro del volumen de

cada expediente y sin constancia escrita sobre las personas que lo recaudaron, incluyendo el procedimiento que utilizaron, por lo que carecían del alcance probatorio relacionado como «fundamento de prueba en el fallo» de primera instancia, vulnerando así la presunción de inocencia y el derecho de defensa⁵.

4.5.2 De la solicitud de absolución

4.5.2.1 Argumenta que el Tribunal incurrió en un defecto fáctico en la valoración probatoria, al ignorarse injustificadamente los aspectos que favorecían a la defensa y que resultaban trascendentes para la decisión a adoptar, como las declaraciones de quienes sustanciaron las decisiones presuntamente generadoras de peculado por apropiación. Igualmente, se les dio mayor valor probatorio a las copias simples, pasando por alto «la carencia de requisitos para tener como auténticos» aquellos documentos respecto de los cuales no se surtieron los mecanismos legales para su autenticación.

4.5.2.2 Se violaron los principios de contradicción e igualdad de armas, al valorarse documentos que la defensa material no aceptó, por no ser auténticos. De estos documentos se solicitó su exclusión y no fueron controvertidos en el marco del legítimo derecho a guardar silencio.

4.5.2.3 El proceso no acreditó el conocimiento requerido para condenar, que exige la norma, pues los testimonios aportados por la defensa desconocieron los documentos de cargo presentados en fotocopias y plantearon «la posibilidad de evaluar otras hipótesis o por lo menos dejar la puerta abierta a la duda razonable», ante la falta de «certeza objetiva» sobre la comisión del delito y la responsabilidad del procesado.

4.6 Defensa técnica

Solicitó revocar la condena por los delitos de prevaricato por omisión y peculado por apropiación en favor de terceros, y confirmar la absolución en favor de su prohijado por el

delito de prevaricato por acción. En sustento de su pretensión, expuso los siguientes argumentos:

4.6.1 En relación con el delito de prevaricato por omisión, la fiscalía lo sustentó en que el procesado no dio trámite al recurso de apelación interpuesto el 2 de junio de 2011 por el apoderado del ISS, contra la sentencia del 30 de mayo de 2011 proferida dentro del radicado n.º 2011-045, no obstante, en el proceso quedó demostrado que se trató de un hecho inexistente, pues el documento no ingresó al despacho del juez, «se encontraba trasapelado en la secretaría del despacho judicial, toda vez que fue recibido por una judicante».

Debido a esa circunstancia, no es posible concluir que se configuró el tipo penal, pues se descarta que el funcionario o sus colaboradores, de manera extensiva como lo entiende la primera instancia, hayan obrado con dolo. Por ende, la fiscalía no probó la responsabilidad del procesado y no existe el convencimiento necesario para proferir condena por esta conducta, con mayor razón si se tiene en cuenta que en materia penal la sola causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado y que está proscrito todo tipo de responsabilidad objetiva (artículo 12, Ley 599 de 2000).

De la prueba de cargo, si bien existen precedentes jurisprudenciales sobre la incorporación de documentos que se presumen auténticos, en interpretación de las normas que regulan la materia⁶, dicho trámite no puede realizarse sin las debidas formalidades que garanticen que los documentos son genuinos, como su identificación y obtención, y la cadena de custodia reclamada por la defensa material.

4.6.2. En relación con el delito de peculado por apropiación, el fallo de primera instancia incurrió en errores de interpretación, pues conforme a la legislación aplicable (Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993, Código Sustantivo del Trabajo, entre otras) y la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia C-1255-2001, «tanto la pensión de jubilación como la

de pensión de vejez son lo mismo», por lo que se desvirtúa la argumentación del ente investigador, según la cual, el procesado había reconocido «pensiones de jubilación disfrazadas de pensión de vejez».

Además, la primera instancia indicó erróneamente que las sentencias laborales no constituían título ejecutivo, cuando lo cierto es que toda sentencia ordinaria sí lo presta, en orden a hacer efectiva la prestación. En los fallos que profirió el acusado, dicha ejecución quedó sujeta a la «condición resolutoria» del reconocimiento pensional que hicieron las entidades a los empleados, es decir, a su posterior trámite administrativo, incluyendo que las pensiones podrían ser compartidas, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

4.6.2.1. Tampoco le asiste razón al Tribunal cuando asegura que los ejecutores o demandantes no eran los acreedores de las obligaciones contenidas en la sentencia, por concepto de retroactivo pensional. Esto, porque el ISS es solo un administrador de los dineros que aportan los trabajadores, quienes son propietarios de su ahorro pensional⁷. En ese sentido, las pensiones que otorga el ISS no provienen del tesoro público y los aportantes estaban legitimados en la causa para ejecutar los fallos, «y de ninguna manera los demandados, es decir ni el SENA ni el ISS, ni TELECARTAGENA, razones más que suficientes para descartar de plano la conducta penal del peculado por apropiación en favor de terceros».

Entonces, como quiera que el origen de los recursos para otorgar las pensiones es el aporte de los trabajadores, se descarta que haya una doble asignación del tesoro público. De otro lado, tampoco se puede convertir el grado jurisdiccional de consulta en «un catalizador del peculado por apropiación» o que la decisión de no disponer su trámite demuestre la existencia de dolo, pues se trató de una decisión fundamentada en el debido proceso, en cumplimiento de las sentencias de tutela del 23 de noviembre de 2011, rads. 2011-00187 y 2011-0015, proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

4.6.2.2. La primera instancia incurrió en una incongruencia, pues en esta actuación las evidencias y hechos jurídicamente relevantes que componen el tipo penal del prevaricato por acción, son los mismos del peculado por apropiación en favor de terceros⁸, es decir, acepta que los fallos fueron proferidos en cumplimiento de la ley, pero condena por el delito de peculado por apropiación. Esta incongruencia debe resolverse en favor del procesado.

V. NO RECURRENTES

Dentro del término de traslado presentaron memoriales el procesado y su representante judicial, quienes se opusieron a las solicitudes de revocar el fallo absolutorio de primera instancia, para que se condene por el delito de prevaricato por acción. Además, el implicado allegó un escrito adicional insistiendo en la declaratoria de nulidad de la sentencia de primera instancia.

5.1 Procesado

5.1.1. Reitera la solicitud de nulidad. Como «hechos violatorios», del debido proceso plantea que: (i) la sentencia de primera instancia confundió los conceptos de partes e intervinientes, y, (ii) se presentó una indebida interpretación sobre los documentos públicos que pueden aportarse de manera directa al proceso, distinto a las fotocopias allegadas en el curso de esta actuación.

5.1.2. Asegura que los hechos que la fiscalía considera probados son atípicos, pues se refieren a reconocimientos de pensiones legítimas, en las cuales, de llegarse a girar recursos por encima de la cantidad que corresponde, podrían reliquidarse los pagos⁹.

5.1.3. Las actuaciones se adelantaron con competencia, según se deduce de las normas aplicables para la época de ocurrencia de las conductas objeto de acusación¹⁰, esto es, 2010 y 2011, en cuyo momento la jurisdicción ordinaria laboral conocía de controversias referentes al sistema de seguridad social integral, cualquiera fuera su naturaleza.

Adicionalmente, las entidades interesadas estaban en la obligación de asistir directamente al proceso e interponer los recursos durante la audiencia de fallo, oportunidad procesal a la que no acudieron¹¹.

5.1.4. Para la fecha de los hechos no era procedente el grado jurisdiccional de consulta en favor del ISS, sino que esa situación tuvo lugar a raíz de un cambio jurisprudencial en el año 2013, acogido por la Sala de Casación Laboral de la Corte¹².

5.2 Defensa técnica

5.2.1. El funcionario judicial acusado obró con competencia en los procesos laborales que dieron origen a la acusación, según se desprende de las normas aplicables para los años 2010 y 2011, cuando ocurrieron los hechos¹³.

5.2.2. La jurisprudencia y la práctica judicial evidencian que no hay criterios unificados sobre la interpretación de las normas de la jurisdicción laboral que regulan la competencia. En el caso concreto, el juez obró conforme lo establece la ley, en el marco de su autonomía funcional, sin tener que realizar «un dispendioso ejercicio hermenéutico para asumir la competencia» de los procesos objeto de acusación.

5.2.3. Si bien la fiscalía afirmó que el procesado había reconocido doble pensión de jubilación, distinta a la pensión vejez, la Corte Constitucional tiene definido que la pensión de vejez y de jubilación «se constituyen en un solo vocablo sin desconocer los derechos de los pensionados de conformidad con el art. 11 de la ley 100 de 1993»¹⁴, donde los aportes de los trabajadores no son recursos del tesoro público, sino de cada aportante al sistema.

5.2.4. En cuanto al grado jurisdiccional de consulta, afirma que la norma aplicable no es clara, razón por la cual no puede deducirse que el funcionario judicial obró con dolo en su actuar, sino que cumplió con la interpretación jurisprudencial vigente para ese momento¹⁵.

VI. CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

En virtud del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para resolver la alzada, por cuanto versa sobre una sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Cartagena, que juzgó a Fabio Cabarcas Pardo por los punibles de prevaricato por acción, prevaricato omisivo y peculado por apropiación, por actuaciones cumplidas cuando se desempeñaba en el cargo de Juez Sexto Laboral del Circuito del mismo Distrito Judicial, calidad foral (canon 34 numeral 2º, ídem) debidamente acreditada al interior del diligenciamiento, sin que al respecto exista controversia alguna.

Para la resolución de los medios de impugnación propuestos, la labor de la Corporación se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa discusión, estudio que puede extenderse a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de censura.

En acatamiento al principio de prioridad, se abordará primero la nulidad planteada por el ex juez Fabio Cabarcas Pardo, como quiera que, de acogerse sus fundamentos, resultaría insustancial pronunciarse sobre los demás tópicos de inconformidad planteados por los impugnantes.

6.2 La nulidad

Expuso que le fue vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso en aspectos sustanciales, al haberse incorporado a la actuación y valorado documentos que: (i) carecían de constancia escrita sobre el trámite y procedimiento de recaudo; (ii) fueron allegados en fotocopia simple, sin autenticar; (iii) contenían extractos de los expedientes, sin los anexos y sin registro del contenido de cada folio y, (iv) se incorporaron directamente por la fiscalía y no por intermedio de testigo de acreditación.

Para el recurrente, los documentos no debieron valorarse o fueron «indebidamente valorados», por lo que debe retrotraerse el proceso a la audiencia de emisión del sentido del fallo y emitir uno nuevo, «excluyéndolos» del conjunto probatorio.

6.2.1. La aplicación de la cláusula de exclusión solo procede por razones de ilegalidad o ilicitud. En el primer escenario, se excluye la «práctica o aducción» de medios de prueba «que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales» previstos por el legislador (artículo 360 de la Ley 906 de 2004). En el segundo, por vulneración de los derechos fundamentales de las personas, verbigracia, la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁶ (canon 23 ibidem).

En el presente caso, se advierte que la solicitud de exclusión se fundamenta en razones de ilegalidad.

6.2.1.1. Pues bien, en el transcurso del juicio oral, el ex juez Fabio Cabarcas Pardo manifestó oposición a la incorporación de los documentos que acreditaban su identidad¹⁷, su condición de servidor público para la fecha de los hechos¹⁸ y las piezas seleccionadas de los expedientes donde se presentaron las actuaciones objeto de acusación¹⁹ (radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059, 2010-399 y 2011-105).

Manifestó que se trataba de documentos que no podía reconocer (por ser parciales, sin cadena de custodia, en fotocopias, sin constancia de autenticación, ni de su procedimiento de recaudo). Idéntico alegato presentó a manera de incidente de nulidad en la audiencia de lectura de fallo del 20 de octubre de 2020 (que fue rechazado por improcedente²⁰), en el recurso de apelación del fallo de primera instancia y en el traslado a los no recurrentes.

6.2.1.2. Lo primero que se advierte frente a esta pretensión, es la extemporaneidad de la solicitud, pues el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 establece que las solicitudes de

exclusión, rechazo o inadmisibilidad se resuelven, por regla general, en la audiencia preparatoria, en el marco de la depuración probatoria propia de esa etapa, cuyo objetivo es que el juicio oral esté circunscrito al debate sobre la responsabilidad penal del acusado.

No quiere decir que en el juicio oral no puedan presentarse solicitudes de exclusión, solo que dicho evento es excepcional, ligado a los casos donde se acredita en esa etapa que la prueba fue obtenida mediante graves afectaciones de derechos fundamentales (Cfr. CC C-591-2005 y CSJ AP948-2018, rad. 51882), o cuando se trata de prueba sobreviniente o prueba de refutación y, además, se cumplen los requisitos para su exclusión (Cfr. AP2901-2019, rad. 55136).

6.2.1.3. En segundo lugar, es claro que el alegato de la defensa material alusivo a la imposibilidad de reconocer las pruebas documentales, apunta a una problemática de autenticidad, circunstancia que, de presentarse, no podría ser ajena a un eventual control en sede de segunda instancia.

La autenticidad es una característica que debe acompañar los elementos materiales probatorios y la evidencia física a lo largo de la actuación, que se satisface de diferentes maneras, tanto en la etapa preparatoria como la audiencia de juicio oral.

- En la audiencia preparatoria, donde la parte que lo aporta debe garantizar que el elemento descubierto es el mismo que enuncia y que solicita como prueba (principio de mismidad). Sobre este particular, la Sala tiene dicho que a la parte le corresponde acreditar que el elemento descubierto «es lo que dice que es», según su teoría del caso²¹. Y que su acreditación en esta fase procesal se traduce en «demostrar los factores que la hacen pertinente»²².

- En el juicio oral, la autenticación es presupuesto de admisibilidad de los documentos que no se presumen auténticos (sobre la presunción de autenticidad, se hará referencia más adelante). Dicha actividad se lleva a cabo por intermedio de un testigo de acreditación,

quien debe reconocerlo (principio de mismidad), «declarar sobre lo que el documento es»²³, para luego proceder con su incorporación.

6.2.1.4. La labor de autenticación se cumple desde el descubrimiento hasta el juicio oral. En relación con esta última etapa, la dinámica de autenticación e incorporación de documentos requiere que exista suficiente claridad sobre aquello que fue objeto de descubrimiento por las partes y respecto de lo decretado como prueba, «pues solo de esa manera la parte contra la que se aduce el documento podrá constatar que lo que se le exhibe al testigo es lo mismo que se descubrió y decretó» (Cfr. AP948-2018, rad. 51882).

En el presente asunto, el descubrimiento de la fiscalía en la acusación se adelantó sin objeción alguna, e igualmente el de la defensa en la preparatoria. En esta última diligencia, el a quo indagó a las partes si el descubrimiento había sido completo, a lo que contestaron afirmativamente²⁴. Tampoco presentaron objeciones a la enunciación o a las solicitudes probatorias. De hecho, la defensa precisó que no tenía reparo sobre la pertinencia de las pruebas solicitadas por el ente investigador²⁵.

De lo anterior se concluye que la defensa material y técnica conoció a cabalidad las características y naturaleza de la prueba documental que se cuestiona, sin que en el momento procesal oportuno (la audiencia preparatoria), se opusiera a que fuera decretada o alegara su exclusión por haber sido recaudada con violación de requisitos formales. Por ende, no hay motivos para considerar que la prueba descubierta no haya sido la misma que se incorporó en el juicio.

6.2.1.5. El debate sobre autenticación y exclusión en la audiencia preparatoria resulta necesario, en la medida que, al tener la parte conocimiento cierto sobre las particularidades del elemento de convicción y surgir controversia en torno a su legalidad o licitud, corresponde abrir un «escenario dialéctico» que garantice la divergencia suscitada, de manera «célere y sustancial», para que el juez pueda contar con la información suficiente

que le permita determinar si los elementos de prueba pueden o no decretarse y verificar su posterior ingreso en la vista pública²⁶.

La defensa también tenía la opción de plantear la discusión sobre la autenticidad de los documentos y descubrir o solicitar los medios de convicción que estimara necesarios para oponerse a su incorporación, o rebatir su valor suasorio al momento de la práctica probatoria, pero tampoco lo hizo, por lo que sus alegaciones en el juicio resultaban sorpresivas frente a lo decantado en la audiencia preparatoria²⁷.

6.2.1.6. Es de precisar que la situación que aquí se ventila es distinta de los casos en los que la acreditación de la cadena de custodia o de la autenticidad se cumple en el juicio oral, a través de testigos de acreditación, como sucede con los documentos que no gozan de presunción de autenticidad, en los cuales el debate se traslada a esta fase procesal, no con pretensiones de exclusión por ilegalidad de la prueba, sino de enervación de su aptitud probatoria, de «disminución de eficacia, credibilidad y asignación de mérito suasorio al elemento»²⁸, conforme a lo previsto en el artículo 273 del estatuto procesal.

6.2.1.7. No ocurre lo mismo con los documentos que, de conformidad con el artículo 425 ibídem, se presumen auténticos, respecto de los cuales se ha establecido que, como la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacer uso de dicha figura cuando el elemento goza de tal presunción (Cfr. CSJ SP7732-2017, rad. 46278).

En el asunto que se examina, en la audiencia preparatoria no se presentó discusión alguna en torno a la autenticidad de los documentos solicitados por la fiscalía. El Tribunal aludió a esa circunstancia ante el descubrimiento, enunciación y solicitud de testigos de acreditación para incorporar los documentos sobre la plena identificación del acusado, su condición de servidor público para la fecha de los hechos y las piezas de los expedientes donde se presentaron las actuaciones objeto de la acusación.

Al proceder con el decreto probatorio, el tribunal precisó que era «discrecionalidad de la parte» incorporar los documentos auténticos mediante testigos de acreditación, por lo que fueron decretados tanto la documental como los últimos en mención²⁹. Ya en la vista pública, al iniciar la práctica probatoria, la fiscalía optó por renunciar a los testigos de acreditación e indicó que, por tratarse de documentos públicos, los incorporaría directamente³⁰.

Esto deja al descubierto que la oposición presentada por el procesado en la audiencia de juicio oral a su incorporación (que replica en esta instancia por la vía de la nulidad), por incumplimiento de los presupuestos de autenticidad, no tiene asidero alguno, en la medida que se trata de documentos que se presumen auténticos, y la parte opositora no presentó en su momento, ni en el juicio oral, elemento alguno que acredite o sugiera lo contrario.

Es de recordarse a la defensa que si su propósito era desvirtuar la presunción de autenticidad que acompaña esta clase de documentos, le correspondía asumir dicha labor, demostrando, como lo ha expuesto la Sala, que no tenían tal condición, o que se trataba de documentos total o parcialmente falsos³¹, cuestión que no se planteó en el curso de este proceso.

6.2.1.8. Los otros cuestionamientos, consistentes en que, (i) los procesos laborales donde se presentaron las actuaciones que dieron origen a este asunto, debieron incorporarse en su integridad, o que, (ii) la sentencia de primera instancia aludió indistintamente a los conceptos de partes e intervinientes, están distantes de erigirse en alegaciones propias de una causal de nulidad, o en motivos determinantes de ella.

La Sala ha venido insistiendo que, tratándose de la incorporación de expedientes de actuaciones judiciales, muchas veces voluminosos, es necesario, (i) que exista un adecuado descubrimiento para que la parte pueda desplegar la facultad de control, (ii) que en la audiencia preparatoria se delimite el documento y se especifique lo que pretende

incorporarse como prueba, y (iii) que en el juicio oral se proceda a su aducción, sin que se exija, para la validez del trámite de incorporación, que se agote la lectura de uno a uno de su folios.

Es decir, que lo importante es que estos pasos se hayan cumplido y, por ende, que los documentos que se incorporan en el juicio oral correspondan a los que, en su orden, fueron objeto, (i) de descubrimiento, (ii) de solicitud de aducción, y (iii) de decreto judicial, procedimiento que no solo se cumplió a cabalidad en este caso, sino que respecto del mismo ninguna irregularidad se plantea.

Ninguna afectación a garantías fundamentales podría derivarse igualmente de las presuntas incorrecciones en el uso del lenguaje en que se habría incurrido en el fallo de primer grado, al aludir indistintamente a las nominaciones de partes o intervinientes (alegato que presentó el procesado en el traslado de los no recurrentes), pues se trata de un debate insustancial, sustentado en un hecho que carece por completo de idoneidad para erigirse en motivo de afectación del debido proceso.

6.2.1.9. Por lo expuesto, se negará la nulidad solicitada por el acusado con el aval de su defensor.

6.3 Estudio del sentido del fallo

Corresponde a la Corte establecer si, como lo solicita la defensa y el procesado Fabio Cabarcas Pardo, debe mantenerse la absolución por el delito de prevaricato por acción y revocarse la condena por los injustos de prevaricato por omisión y peculado por apropiación en favor de terceros, o si, como lo demandan la fiscalía y el representante de las víctimas, debe revocarse la decisión absolutoria por el delito de prevaricato por acción y confirmarse en lo demás el fallo de primera instancia, con el correspondiente ajuste de penas.

De manera preliminar, debe aclararse que, aunque en la formulación de imputación, la

fiscalía le comunicó al aforado legal que la investigación en su contra procedía por los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, prevaricato por omisión y peculado por apropiación en favor de terceros³², la acusación no cursó de la misma manera.

Según se extracta del acápite de imputación jurídica incluido en el escrito de acusación, el funcionario judicial fue llamado a juicio por «las conductas delictivas imputadas de prevaricato por acción, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por omisión (...)». Enseguida, el ente investigador describió cada uno de estos tipos penales y refirió que «[d]ado el concurso de conductas punibles imputadas, de conformidad al art. 31 del C.P., quedará sometido el sujeto activo a la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto»³³.

A pesar de este referente jurídico, la primera instancia, en los antecedentes y considerandos del fallo, al igual que en la parte resolutive, aseguró que el proceso se adelantaba, en lo que tenía que ver con el delito de prevaricato por acción, por un concurso homogéneo y sucesivo, sin ahondar en explicaciones.

En cambio, fue explícito en manifestar que, en relación con el peculado por apropiación en favor de terceros, no se procedía por un concurso homogéneo y sucesivo, sino que, frente a esta conducta, resultaba viable aplicar el concepto de unidad de acción, «en el entendido de que fue una única finalidad la de apropiarse indebidamente en favor de terceros de dineros públicos, a través de 5 actos plasmados en cada uno de los procesos ejecutivos laborales (...)»³⁴.

La Corte, en aras de salvaguardar el principio de congruencia, respetará el marco jurídico fijado en la acusación, sin desconocer que fácticamente la fiscalía imputó la ocurrencia de cinco (5) conductas constitutivas del delito de prevaricato por acción y cinco (5) hechos constitutivos del peculado por apropiación en favor de terceros³⁵. Mientras que, respecto

del prevaricato por omisión, imputó un (1) solo evento.

6.4 Los recursos de apelación

La Sala abordará el estudio de los tipos penales materia de imputación en este proceso, frente a los cuestionamientos realizados en los alegatos de impugnación. Para tal efecto, seguirá el siguiente orden: (i) prevaricato por acción, (ii) prevaricato por omisión y, finalmente, (iii) peculado por apropiación en favor de terceros.

6.4.1 El delito de prevaricato por acción

6.4.1.1. El tipo penal objetivo de la conducta lo describe el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: «El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en...».

Por tanto, son elementos del tipo penal: (i) un sujeto activo calificado, servidor público, (ii) una resolución, dictamen o concepto proferidos en desarrollo de sus funciones, y (iii) que la decisión tomada sea manifiestamente contraria a la ley.

La contrariedad manifiesta de la decisión tomada alude al desconocimiento abrupto e inescrupuloso con la norma legal, evidenciándose de manera objetiva «que la decisión es producto del capricho o arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo»³⁶.

Para la estructuración del tipo penal objetivo no basta, desde luego, que la providencia sea ilegal «por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia», sino que la disparidad del acto con los enunciados normativos o la comprensión de sus contenidos «no admita justificación razonable alguna»³⁷.

La acreditación de estos tópicos impone tener en cuenta no solo los fundamentos jurídicos,

probatorios o procesales en los que el funcionario judicial sustentó la decisión tildada de prevaricadora, sino también las circunstancias en que fue proferida y los elementos de juicio con los que contaba al momento de pronunciarse, a partir de un análisis ex ante y no a posteriori³⁸ de ella.

6.4.1.2 En el asunto de la especie fue incorporada prueba documental que demuestra la calidad de servidor público de Fabio Cabarcas Pardo, quien para la fecha de los hechos ostentaba la condición de Juez Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, como también, que en ejercicio de sus funciones dictó las sentencias en los procesos laborales n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-39939.

6.4.1.3. El tribunal consideró que «los autos que profirió el funcionario judicial admitiendo» las demandas en los radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, eran manifiestamente contrarios a derecho por falta de competencia, pero que esa contrariedad con la ley «no era posible predicarla de las sentencias» dictadas dentro de dichas actuaciones. Por esta razón, lo absolvió por el delito de prevaricato por acción, luego de argumentar que la imputación jurídica de la acusación se efectuó solamente por el proferimiento de los fallos.

6.4.1.4 Revisado el escrito de acusación, concretamente del acápite de la «imputación jurídica», verbalizado en la respectiva audiencia de formulación⁴⁰, se establece que el ente investigador acusó por el delito de prevaricato por acción por considerar que el funcionario judicial «presuntamente profirió sentencias manifiestamente contrarias a derecho» en los referidos radicados. Para la fiscalía, el exjuez Cabarcas Pardo:

Es decir, que el órgano acusador, al aludir al hecho jurídicamente relevante del tipo penal de prevaricato por acción, se refirió directamente a los fallos que el procesado profirió al reconocer derechos pensionales en las referidas actuaciones, sin extenderlos, como acertadamente lo precisó la primera instancia, a los autos mediante los cuales admitió las

demandas en los procesos ordinarios laborales objeto de reproche ni a los autos que admitieron las acciones ejecutivas iniciadas para el cumplimiento de las sentencias, actuaciones que la fiscalía identificó simplemente como «irregularidades» que se presentaron «desde la admisión de la demanda hasta la omisión de disponer el grado jurisdiccional de consulta», en las que se apoyó para fundamentar el concurso del elemento subjetivo de tipo penal.

6.4.1.5 Corresponde establecer, entonces, si se configura el ingrediente normativo del delito de prevaricato por acción en el proferimiento las sentencias n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, decisiones de las que se extraen los siguientes elementos comunes:

(i) En el acápite de antecedentes, el juez consignó que las demandas contra el ISS pretendían el reconocimiento y pago de la «pensión de jubilación vitalicia», regulada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues, para los reclamantes, se les debía aplicar el régimen de transición habilitado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglamentado en el Decreto 813 de 1994, régimen en relación con el cual consideró que aplicaba para cada demandante, en atención a la edad con la que contaban al momento de iniciar la vigencia de la norma.

(ii) A continuación, identificó los elementos de prueba aportados, transcribió un precedente jurisprudencial sobre el alcance del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴¹, uno más relacionado con la aplicación de «la condición más beneficiosa» para el trabajador en materia laboral⁴² y, finalmente, reprodujo el contenido de las referidas normas, en lo que denominó «marco normativo» de las decisiones que correspondía adoptar. Adicionalmente expuso que también resultaba aplicable el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, que regula la «compatibilidad de las pensiones extralegales».

(iii) En el análisis de los casos concretos, relacionó los actos administrativos por medio de

los cuales el SENA y TELECARTAGENA, dependiendo de la entidad que fungió como empleador de cada actor, les había reconocido la pensión de jubilación.

(iv) Sobre las exigencias para acceder a las pretensiones demandadas, indicó que: «de conformidad con la norma trascrita, la Ley 33 de 1985 [artículo 1º] establece los siguientes requisitos para acceder a la pensión de vejez: a) tener 55 años de edad. b) acreditar 20 años de servicios continuos o discontinuos». En consecuencia, procedió a indicar la fecha en que cada reclamante cumplía los requisitos para hacerse merecedor a la pensión.

(v) Finalmente, en la parte resolutoria de las sentencias n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, el funcionario ordenó lo siguiente: «CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, sin perjuicio de la condición resolutoria establecidas en sendas resoluciones de reconocimiento emitidas por el SENA y TELECARTAGENA S.A. E.S.P. de conformidad a lo establecido en el art. 18 del Decreto 758 de 1990, a reconocer y a pagar, a los señores (...), y en cada caso refirió que se trataba de la «pensión mensual y vitalicia de vejez».

6.4.1.6 De las normas que fundamentaron los referidos fallos, la Sala encuentra que, (i) el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 alude efectivamente a las condiciones para acceder a la «pensión mensual vitalicia de jubilación» (dentro de ese específico régimen), (ii) el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece los requisitos «para acceder a la pensión de vejez» (y la remisión al régimen anterior como régimen de transición) y, (iii) el artículo 18 del Decreto 758 de 1990 regula la compartibilidad de la pensión vejez entre el ISS y el empleador.

Para la fiscalía, las decisiones del juez Cabarcas Pardo desencadenaron en un «doble reconocimiento y pago» pensional, en contravía de lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta Política, al conceder a los demandantes la pensión de jubilación que, de tiempo atrás, ya les había sido reconocida por las entidades empleadoras SENA y TELECARTAGENA, o al otorgarles «pensiones de jubilación disfrazadas de pensión de vejez».

Explicó que el «doble reconocimiento y pago» de la pensión de jubilación se produjo porque el funcionario judicial aplicó el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, el mismo fundamento jurídico que utilizaron las entidades empleadoras para reconocerles a los demandantes la pensión de jubilación.

6.4.1.7 La Sala, por tanto, deberá determinar si del contenido de las sentencias judiciales tildadas de prevaricadoras surge el «doble reconocimiento y pago» pensional y, de ser así, si esta decisión adquiere la connotación de manifiestamente contrarias a la ley. Frente a ello, se tiene lo siguiente:

(i) En el curso del proceso, con el fin de desvirtuar el aludido señalamiento, el juez Cabarcas Pardo fue insistente en señalar que la pensión de jubilación y la pensión de vejez eran «lo mismo», afirmación que sustentó, con el eco de su apoderado judicial, en la sentencia de la Corte Constitucional C-1255-2001.

Dicha providencia fue compendiada por el Alto Tribunal Constitucional, en el fallo de tutela T-053-2010, así:

[e]n la sentencia C-1255 de 2001, la Corte Constitucional precisó que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, que consagra el Sistema General de Pensiones, las expresiones de jubilación y vejez se utilizaban para referirse a las pensiones adquiridas en virtud del cumplimiento de los requisitos previstos en la normas. Se otorgaban a: (i) los empleados oficiales, cuyo reconocimiento le correspondía a la Caja Nacional de Previsión -Cajanal o a otras cajas especiales de previsión; y a (ii) los trabajadores privados, cuyos derechos fueran reconocidos directamente por las empresas empleadoras o por cajas especiales. [subraya fuera del texto]

Luego, precisó:

[a]ntes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones, la

expresión pensión de jubilación, tenía relación con las prestaciones reconocidas a: (i) los empleados públicos, cuyos derechos pensionales eran reconocidos y pagados por Cajanal, por cajas especiales; o a (ii) los trabajadores privados cuyas pensiones eran reconocidas y pagadas por sus empleadores, siempre que cumplieran con los requisitos exigidos que hacían referencia específicamente al “tiempo de servicio”, mientras que la expresión pensión de vejez, era un término relacionado con las prestaciones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores privados afiliados a él y cuyos requisitos hacían referencia a “semanas cotizadas”, que era el sistema de cómputo previsto en las normas. En los casos de reconocimiento de las pensiones de jubilación legales, extralegales o las originadas en el despido injusto, el ordenamiento legal prevé el sistema de la compartibilidad de pensiones entre los patronos y el ISS, una vez se cumplan los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez, con lo cual se libera al empleador del cumplimiento de esta obligación.

Resulta ilustrativo, al respecto, la fundamentación contenida en algunas resoluciones del SENA incorporadas como prueba de este proceso, donde se alude indistintamente a «pensión de jubilación» para referirse tanto a aquella que reconoce la entidad empleadora, como la que reconoce el ISS, claro está, en los términos empleados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En ellas se indica que:

[e]l Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencias del 8 de abril de 1988 (...) acogió integralmente el concepto del Ministerio Público, en el sentido de que la pensión de vejez regulada por el ISS y la pensión de jubilación constituyen en el fondo una “misma prestación social aunque con diferente denominación” (...) en otro de sus apartados expresa: “En estas condiciones, la entidad patronal, es decir, el ente público (SENA) que afilió su personal al ISS, debe “asumir” el reconocimiento y pago “transitorio” de la obligación prestacional (pensión de jubilación) hasta cuando se cumplan los

requisitos-condiciones que contempla la ley respecto de los seguros que ofrece el ISS y para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta (pensión de jubilación) frente a su afiliado”⁴³. [subrayas fuera del texto].

En lo que interesa a esta actuación, la Corte evidencia que la fiscalía circunscribe el «doble reconocimiento» a que las pensiones de jubilación otorgadas por las entidades empleadoras SENA y TELECARTAGENA, también fueron reconocidas en las sentencias que profirió el juez Cabarcas Pardo, pero como pensión vejez, esta última, a cargo del ISS (entidad ante la cual los demandantes agotaron la vía administrativa, previo a interponer las demandas).

En ese sentido, se tiene que la pensión de jubilación a cargo del empleador (según el régimen aplicable, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), y la de vejez a cargo del ISS (que exige determinada edad y determinado número de semanas cotizadas), tienen fundamento en las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social Integral, dentro del cual se encuentra el Sistema General de Pensiones, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional⁴⁴, como lo recalcaron la fiscalía y los representantes de víctimas en este proceso.

(ii) Lo que prosigue es determinar si la pensión de jubilación otorgada por el SENA y TELECARTAGENA, corresponde a la reconocida como pensión vejez en las sentencias que profirió el acusado en los radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399.

Como «marco normativo» de los fallos, la Corte advierte que el procesado adujo la figura de la compartibilidad pensional, que regula el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, de acuerdo con la cual, los «patronos» registrados en el ISS que otorguen a sus trabajadores pensiones de jubilación (reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente), deben continuar cotizando para los «seguros de invalidez, vejez y

muerte», hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el ISS para otorgar la pensión de vejez, momento en cual esta última entidad «procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado».

Como puede evidenciarse, la compartibilidad pensional está orientada –precisamente– a que no se cause un doble pago por el mismo derecho pensional, pues cuando el ISS reconoce y paga la pensión vejez, el empleador continúa pagando la pensión, pero únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión vejez del ISS y la que previamente reconoció al empleado como pensión de jubilación.

(iii) En las sentencias que profirió Cabarcas Pardo, consignó que el SENA o TELECARTAGENA ya les habían reconocido la pensión de jubilación a los demandantes, es decir, fue una circunstancia tenida en cuenta para ordenar, por vía judicial, reconocerles la pensión de vejez, tanto que en la parte resolutive precisó que el reconocimiento del referido derecho se hacía «sin perjuicio de la condición resolutoria» establecida en los actos administrativos reconocedores de la pensión de jubilación.

Esto último, justamente, se encuentra descrito en las resoluciones que profirieron las entidades empleadoras, donde consignaron que el reconocimiento pensional de jubilación lo hacían hasta tanto el ISS reconociera en cada caso la pensión de vejez⁴⁵.

6.4.1.8 Como se anunció párrafos atrás, el ente investigador afirma que el denominado doble reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se produjo porque el funcionario judicial aplicó el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que también fue el fundamento que utilizaron las entidades empleadoras para reconocerles a los demandantes la pensión de jubilación.

La referida norma, establece:

Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. (...)

En los actos administrativos proferidos por el SENA o TELECARTAGENA se hace remisión a los requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación establecidos en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 –empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años–, como ya se dijo, en el marco del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Las partes convergen en señalar, en postura que la Corte encuentra coincidente con la jurisprudencia, que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador derogó los distintos modelos de seguridad social que existían (para servidores públicos y particulares), pero estableció un régimen de transición a fin de garantizar la expectativa legítima de quienes, para ese momento, no tenían los requisitos para pensionarse conforme al régimen aplicable anterior, pero estaban próximos a reunirlos.

En concreto, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados... [subrayado fuera de texto].

Los mencionados requisitos de edad y tiempo de servicios fueron verificados y confirmados por el funcionario judicial para cada demandante en los radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, sin que ello constituyera objeto de debate al interior de este diligenciamiento. Es decir, no existen elementos de juicio para considerar que los actores no cumplían las exigencias de la normatividad en cita o que no eran destinatarios del régimen de transición.

Adicional a esto, tal como lo precisó el a quo, la invocación de la Ley 33 de 1985 como fundamento normativo para el reconocimiento de la «pensión mensual y vitalicia de vejez» a los accionantes (según quedó consignado en la parte resolutive de los fallos), tampoco se muestra arbitraria o caprichosa, pues se efectuó siguiendo las exigencias previstas en la norma, en el marco del régimen de transición previsto en el ordenamiento jurídico, al considerar que se trataba de la norma más beneficiosa para el trabajador, como lo recalcó la defensa en el proceso y se corrobora en los considerandos de las sentencias.

Esto condujo a que verificara también, respecto de la pensión de vejez, los requisitos que en su momento examinaron las entidades empleadoras para reconocer la pensión de jubilación, concretamente, que el empleado oficial «sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55)» años (artículo 1º de la Ley 33 de 1985), circunstancia que tampoco permite concluir que el funcionario judicial haya ordenado doble reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Sintetizando,

(i) Tanto en las consideraciones de los fallos, como en su parte resolutive, aparece con claridad que el acusado distinguió efectivamente entre la pensión de jubilación (que ya había sido reconocida por los empleadores) y la pensión de vejez. Lo ordenado vía judicial, fue el reconocimiento y pago de esta última.

(ii) Al reconocer la pensión de vejez en los términos de la Ley 33 de 1985, también manifestó que aplicaba la figura de la compartibilidad pensional que, como se vio, consiste en que una vez el ISS reconoce la pensión de vejez, el empleador solo continúa pagando el mayor valor de la prestación, si lo hubiere, entre dicha pensión de vejez y la de jubilación reconocida por la entidad empleadora.

(iii) La Ley 33 de 1985 es uno de los regímenes de seguridad social⁴⁶ que continuaron aplicándose con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud de la transición establecida en el artículo 36 ejusdem, siempre y cuando la persona cumpla los requisitos previstos en esa normatividad. Su reconocimiento, en lo que respecta a la pensión de vejez, no es de suyo contrario a la ley, tanto que así lo ha admitido en distintas oportunidades la jurisprudencia constitucional⁴⁷.

6.4.1.9 De lo expuesto, la Sala concluye que las sentencias que profirió el exjuez Fabio Cabarcas Pardo en aplicación de la figura de la compartibilidad pensional, no contienen un «doble reconocimiento» de la pensión de jubilación. Por ende, contrario a lo argüido por la fiscalía y los representantes de víctimas, no pueden calificarse de ser manifiestamente contrarias a derecho.

Entonces, ante la ausencia de demostración del tipo penal objetivo del delito de prevaricato por acción, se confirmará la decisión de absolver al procesado por esta conducta punible, circunstancia que sustrae a la Sala del estudio del componente subjetivo.

6.4.2 Del punible de prevaricato por omisión

6.4.2.1 El artículo 414 del Código Penal define este delito en los siguientes términos: «El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en (...)».

La jurisprudencia de la Sala tiene dicho que el tipo objetivo del delito se encuentra constituido por: (i) un sujeto activo calificado –servidor público–; (ii) una conducta alternativa, integrada por los verbos omitir, retardar, rehusar y denegar, y (iii) que la conducta recaiga sobre un acto que deba realizar en ejercicio de sus funciones (Cfr. CSJ AP, 21 feb. 2007, rad. 24053).

En cuanto al sentido y alcance de cada uno de los verbos rectores, ha explicado que omitir es abstenerse de hacer o pasar en silencio algo; retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita (Cfr. CSJ AP, 27 oct. 2008, rad. 26243)⁴⁸;

Por tratarse de un tipo penal abierto o en blanco (Cfr. CSJ SP, 28 feb. 2007, rad. 19389), en la labor de realizar el juicio de tipicidad objetiva es necesario integrar la descripción típica con la norma que impone el deber funcional que ha sido omitido, retardado, rehusado o denegado, pues sólo así es posible dotar de sentido íntegro la conducta reprochada⁴⁹.

6.4.2.2. En el asunto bajo examen, el Juez Sexto Laboral del Circuito de Cartagena Fabio Cabarcas Pardo, en ejercicio de sus funciones, conoció y dio trámite al proceso radicado con el n.º 2011-045, donde fungían como demandantes Marco Fidel Hernández Galindo y otros.

6.4.2.3. La secuencia procesal, en lo que tiene que ver con el delito de prevaricato por omisión, que aquí se le imputa, fue la siguiente:

- (i) El 30 de mayo de 2011, el juez Fabio Cabarcas Pardo profirió sentencia.
- (ii) El 2 de junio siguiente, el entonces apoderado de la parte demandada (ISS), presentó recurso de apelación contra esa decisión, en los siguientes términos: «... interpongo ante su digno despacho recurso de apelación contra fallo emitido por [su] honorable juzgado el día 30 (treinta) de mayo del año 2011 ante el proceso de la referencia»⁵⁰.
- (iii) El 7 de junio de 2011, el apoderado de los demandantes allegó una solicitud de ejecución de la condena.
- (iv) El 9 de junio siguiente, el juez Fabio Cabarcas Pardo profirió auto por el cual admitió el proceso ejecutivo y liquidó las costas a cargo de la demandada, sin que hiciera pronunciamiento alguno respecto del recurso de apelación interpuesto.
- (v) El 24 de octubre de 2011, la apoderada del ISS radicó solicitud de nulidad y de levantamiento de las medidas cautelares, con fundamento, entre otras razones, en que el juez no se había pronunciado «sobre el recurso de apelación presentado dentro de [la] oportunidad procesal...»⁵¹.
- (vi) La anterior petición fue rechazada de plano por el acusado mediante auto del 5 de diciembre de 2011, por lo que la parte demandada interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 17 de enero de 2012.
- (vii) El 31 de octubre de 2012, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en segunda instancia, revocó el auto impugnado, decretó la nulidad parcial del proceso y ordenó al a quo resolver «la solicitud de interposición del recurso de apelación contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2011 presentada por el apoderado judicial de la demandada, Instituto de Seguros Sociales»⁵².

6.4.2.4. Como lo recalcaron la fiscalía y los representantes de víctimas, el artículo 66 del

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aplicable para la fecha de los hechos, establecía que «[s]erán también apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, de palabra en el acto de la notificación, o por escrito, dentro de los tres días siguientes; interpuesto en la audiencia, el juez lo concederá o denegará inmediatamente; si por escrito, resolverá dentro de los dos días siguientes».

Por ende, al aparecer demostrado que contra la sentencia del 30 de mayo de 2011 la parte demandada interpuso recurso de apelación, que no fue tramitado por el entonces Juez Sexto Laboral del Circuito de Cartagena Fabio Cabarcas Pardo, pese a que tenía el deber legal de hacerlo, la conclusión que necesariamente se sigue es que el tipo penal objetivo del delito de prevaricato por omisión se encuentra debidamente acreditado.

6.4.2.5. Ahora bien, además de este presupuesto objetivo, para la cabal tipicidad de la conducta resulta necesario que quien tiene el deber legal de ejecutar el acto, en forma consciente y voluntaria omita su realización, es decir, que se configure el elemento subjetivo de la conducta, en el entendido que este tipo penal únicamente admite la modalidad dolosa.

En la presente actuación, el acusado y su defensor, así como los testigos de descargo Luz Marina Yunes Jiménez, Josefina Puerta y Cristo José Hernández Cabarcas, aseguraron que el recurso de apelación fue recibido en ventanilla por una judicante que se hallaba vinculada al despacho para la fecha de los hechos, quien no le dio el trámite correspondiente o lo traspapeló.

No obstante, omitieron aportar información que diera consistencia a sus afirmaciones, como el nombre de la persona que se desempeñó en esa función, el acto administrativo de nombramiento, el acto de posesión, el periodo en que estuvo vinculada a la administración de justicia, las funciones asignadas, su localización, entre otros aspectos, de los que pudiera siquiera inferirse tentativamente que sus aseveraciones encuentran sustento fáctico.

La defensa pretendió acreditar que el juez dio paso a la demanda ejecutiva laboral porque desconocía que en contra de la sentencia había sido interpuesto recurso de apelación, con el argumento que el escrito que lo contenía no ingresó al despacho. En contraposición, la fiscalía sostuvo que el acusado sí conoció de la existencia del referido recurso, pero omitió tramitarlo, puesto que dicha circunstancia le fue puesta de presente en la posterior solicitud de nulidad, la que también pasó por alto.

De la revisión de los documentos allegados al proceso, se constata que el referido recurso hace parte de la carpeta del radicado n.º 2011-00045 y tiene firma de recibido del 2 de junio de 2011, a las 11:55 a.m., con sello y firma ilegible⁵³. En relación con este recurso, el procesado nada dijo en el auto del 9 de junio de 2011, mediante el cual admitió «la demanda ejecutiva laboral a continuación del ordinario» y liquidó las costas a cargo de la parte demandada⁵⁴, como si, en efecto, no lo conociera.

El trámite de la demanda ejecutiva culminó en la decisión del 18 de octubre de 2011, en la que el acusado aprobó la liquidación de costas, del crédito objeto del proceso y ordenó entregar al abogado demandante los depósitos judiciales consignados. Inmediatamente después de esta decisión, el 24 de octubre de 2011, la apoderada del ISS radicó la solicitud de nulidad, donde indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

[e]n el presente proceso el apoderado judicial de mi defendida[,] dentro del término legal el día 2 de junio de 2011[,] presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 30 de mayo de 2011 proferida por este despacho y esta apelación no es tomada en cuenta por cuanto [el] juzgado omite pronunciarse al respecto violando el derecho al debido proceso generando una nulidad al no enviar al superior en apelación el presente proceso. (sic) (...)»

Y agregó:

[c]onsidero que al no pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado dentro de [la]

oportunidad procesal correspondiente deberá el despacho declarar la nulidad desde el momento procesal en que debió hacerlo y decidir si remite el proceso a que se surta la segunda instancia ya sea en apelación... (sic)»⁵⁵.

Es decir, que la apoderada de la parte demandada puso de presente al juez Fabio Cabarcas Pardo, de manera explícita, no solo la existencia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 30 de mayo de 2011, sino su falta de tramitación, pero el funcionario judicial, mediante auto del 5 de diciembre de 2011, desestimó sus alegaciones de la siguiente manera:

Leído los fundamentos de la nulidad, así como los del apoderado de la parte demandante, observamos que la omisión de pronunciamiento sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandada, (F. 86), pudo ser presentada oportunamente como excepción previa, pero el demandado no lo hizo, quedando precluida la oportunidad de reclamo por dicho motivo, al tenor de la regla establecida por el artículo 143 del C.P.C. (...) correspondiéndonos ordenar su rechaz[o] de plano».⁵⁶

6.4.2.6. Esto muestra que el acusado conocía el contenido del expediente radicado con el n.º 2011-00045, al igual que el escrito mediante el cual se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del 30 de mayo de 2011, adjunto a folios 86 de la actuación, pues no solo no logra explicar la tesis del trasapelamiento, sino que, advertido del vicio, decidió continuar adelante el proceso de ejecución, pretextando extemporaneidad de la reclamación.

Esta circunstancia llevó a que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al resolver la apelación interpuesta contra esta decisión, declarara configurada la nulidad prevista en el artículo 140.3 del Código de Procedimiento Civil, tras argumentar que el obrar omisivo del juez Fabio Cabarcas Pardo condujo a la pretermisión integral de la instancia, lo cual se erigía en un vicio insubsanable.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que el acusado, a sabiendas de la existencia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 30 de mayo de 2011, dictada dentro del proceso 2011-00045, decidió voluntariamente pretermitir su trámite, incurriendo de esta manera en el tipo penal que define el prevaricato por omisión. Por tanto, en lo que tiene que ver con este delito, se confirmará la decisión impugnada, teniendo en cuenta que el debate impugnatorio se circunscribió a la tipicidad de la conducta y que no se advierten incorrecciones en el juicio de responsabilidad que impongan la intervención oficiosa de la Sala.

6.4.3 Peculado por apropiación en favor de terceros

6.4.3.1. Este delito se encuentra definido en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, así:

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 (...).

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de (...).

Se trata de un delito contra la administración pública, de resultado, que exige para su configuración típica del concurso de los siguientes elementos, (i) un sujeto activo calificado (servidor público), (ii) una conducta representada por el verbo apropiar, (iii) que la acción de apropiarse recaiga sobre bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, y (iv) que

se trate de bienes cuya administración, tenencia o custodia le haya sido confiada por razón o con ocasión de sus funciones, y (v) que la apropiación se presente en provecho propio o de un tercero. (Cfr. Entre otras, CSJ SP2184-2017, 15 feb. 2017, rad. 47348; CSJ SP364-2018, 21 feb. 2018, rad. 51142; CSJ SP4414-2019, 16 oct. 2019, rad. 50667).

En lenguaje de la jurisprudencia de la Sala: «[p]ara la configuración del punible se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados a aquél»⁵⁷.

Para el entendimiento del caso, es importante recordar que el poder de disposición del funcionario sobre los bienes que le han sido confiados en administración, custodia o tenencia, puede ser material o jurídica⁵⁸. De igual manera que, en tratándose de decisiones judiciales, esta disponibilidad está vinculada al ejercicio de los poderes funcionales del servidor, en el marco de los cuales administra de manera efectiva recursos del Estado, en cuanto le permiten disponer de su titularidad⁵⁹.

6.4.3.2. Tal como se expuso al inicio de esta providencia, la fiscalía imputó al juez Fabio Cabarcas Pardo el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, con ocasión del trámite de los procesos ejecutivos adelantados en cumplimiento de las sentencias proferidas por el mismo funcionario en los radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399.

La defensa pidió revocar la condena por este delito, fundamentada en que el fallo de primera instancia incurrió en errores de interpretación, pues «tanto la pensión de jubilación como la pensión de vejez son lo mismo», enfoque frente al cual se desvirtúa la incriminación de la acusación donde se acusa al funcionario de reconocer «pensiones de jubilación disfrazadas de pensión de vejez».

Esta divergencia conceptual ya fue dilucidada por la Sala en esta decisión, al señalarse que

es posible diferenciar entre la pensión de jubilación, a cargo del empleador, y la de vejez, a cargo del ISS. Además, quedó claro que el acusado ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez aplicando la figura de la compartibilidad pensional con la de jubilación, que en los casos objeto de estudio ya habían sido reconocidas por las entidades empleadoras SENA y TELECARTAGENA. También se dijo que la aplicación de la compartibilidad pensional tiene justamente por objeto que no se cause un doble pago por el mismo derecho pensional.

En el recurso de apelación se alegó igualmente, en orden a controvertir la configuración del tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, que el funcionario judicial consignó en la parte resolutive de las sentencias que su ejecución estaba sujeta a la «condición resolutoria», esto es, al reconocimiento pensional contenido en los actos administrativos que proferieron las entidades empleadoras, donde expresamente consignaron que el pago de la pensión lo hacían hasta la fecha en que el ISS reconociera las respectivas pensiones de vejez⁶⁰.

Pues bien. El hecho que la Sala haya concluido que las sentencias dictadas por el juez Fabio Cabarcas Pardo no se advierten manifiestamente contrarias a derecho, no quiere decir que deba también absolversele por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, como lo reclama la defensa, pues, como se verá en seguida, muy distinto de lo expuesto en las sentencias, fue lo resuelto en los procesos de ejecución que siguieron a su proferimiento. Por tanto, habrá de examinarse lo ocurrido en éstos para establecer si les asiste razón a los impugnantes.

6.4.3.2.1. Del contenido de dichos procesos, que se insiste, siguieron a las sentencias proferidas en los radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399, se extrae lo siguiente:

(i) La fecha que se tuvo en cuenta para reconocer y liquidar la pensión de vejez fue aquella

en la que cada accionante cumplió 20 años de servicio continuos o discontinuos y la edad de 55 años (hombres y mujeres), en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, invocado también como sustento normativo para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

(ii) Con ocasión del reconocimiento por vía judicial de la pensión vejez a cargo del ISS, le correspondía a la entidad empleadora, en aplicación de la figura de la compartibilidad, pagar el mayor valor, si lo hubiere, entre dicha pensión de vejez y la de jubilación que fue reconocida previamente por los empleadores SENA y TELECARTAGENA.

(iii) Tal como lo señaló el tribunal de instancia, de las liquidaciones realizadas se extrae lo siguiente: a) en 75 casos, el monto de la pensión de vejez fue inferior a la ya reconocida de jubilación, b) en 6 casos, no existió diferencia entre la pensión de vejez y la de jubilación, y c) en 11 casos, el reconocimiento de pensión vejez fue superior a la de jubilación⁶¹.

(iv) En los primeros 75 casos, donde la pensión vejez a cargo del ISS fue inferior a la de jubilación, correspondía a cada entidad empleadora continuar pagando el mayor valor (compartibilidad). En los restantes, en los que no existía diferencia entre una y otra pensión (6 casos), y en los que la pensión vejez a cargo del ISS era superior a la de jubilación (11 casos), se presenta el fenómeno de la subrogación total a cargo del ISS, como se indicó en el fallo de primera instancia⁶².

(v) Con independencia entonces, del escenario en que pudiera encontrarse cada demandante, lo que hasta aquí se establece es que la compartibilidad pensional, sujeta a una condición resolutoria, garantizaba cubrir las mesadas pensionales de vejez a cargo del ISS, en su totalidad o compartida con el empleador, según el caso.

6.4.3.2.2. De los documentos incorporados al plenario, donde se detallan los pagos realizados por el SENA o TELECARTAGENA, se constata que las pensiones de jubilación a cargo de estas entidades empleadoras fueron canceladas a los trabajadores, sin que

existiera interrupción. De hecho, como lo recalcó el a quo, dicha circunstancia no fue objeto de controversia en este proceso⁶³.

Sin embargo, las órdenes de pago impartidas por el juez Fabio Cabarcas Pardo, que dieron lugar a la acusación de la fiscalía por el delito de peculado, consistieron en que el ISS debía desembolsar a los trabajadores, de manera retroactiva, los pagos por concepto de la pensión vejez reconocida por vía judicial, desde el momento que estas personas adquirieron el derecho, además, reconoció y ordenó el pago de intereses moratorios.

Es decir, si bien en las sentencias se ordenó aplicar la figura de compartibilidad pensional, al momento de hacer efectivo los fallos, o ejecutarlos, se dispuso que el pago de la liquidación de la pensión de vejez debía desembolsarse a cada demandante, desde la fecha en que cumplieron los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, cuando adquirieron el derecho, pese a que a ellos las entidades empleadoras les venían pagando la pensión de jubilación.

La anterior situación deviene a todas luces irregular, pues ningún pago retroactivo les correspondía a los demandantes, toda vez que desde el momento en que adquirieron el derecho, venían gozando de sus mesadas pensionales, circunstancia suficiente para dar por acreditada la acusación en punto al elemento objetivo de la conducta de peculado por apropiación en favor de terceros.

6.4.3.2.3. Las órdenes de pago así dispuestas y que condujeron a la entrega de depósitos judiciales, fueron acreditadas en el juicio oral. Como argumento exculpatório, la defensa alega que al funcionario judicial acusado no le correspondía, al admitir la demanda ni en el curso de cada proceso laboral, verificar si los empleadores estaban pagando las pensiones de jubilación, por tratarse de una carga del ISS, como parte demandada, que no compareció.

En contraposición, la fiscalía y los representantes de víctimas manifestaron que el juez

contaba con amplias facultades oficiosas para llevar a cabo esta verificación, facultad a la cual el procesado hizo inclusive mención en los alegatos de cierre del juicio oral, al referir que en uno de los procesos en los que había ordenado mandamiento de pago requirió de manera oficiosa al SENA y al ser informado que la entidad le estaba realizando los pagos de la pensión de jubilación, revocó la decisión con miras a su «no pago»⁶⁴.

La verdad, no obstante, es que el reconocimiento de las pensiones de jubilación por parte de las entidades empleadoras, donde constaban las órdenes de hacer efectivo los pagos de manera inmediata o al momento del retiro del servicio del trabajador⁶⁵, eran de pleno conocimiento del juez Cabarcas Pardo, toda vez que integraron desde un inicio los distintos procesos (radicados n.º 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399), como quiera que los actos administrativos que los contenían fueron anexados a las demandas.

De esta manera, el acusado, al margen de lo consignado en las sentencias, al dar vía libre a su ejecución, dispuso la entrega de recursos públicos a los demandantes por valor de \$53.885'407.158, suma respecto de la cual se hicieron pagos efectivos por \$30.067'391.789, según lo indicó el delegado fiscal en sus alegatos de conclusión⁶⁶, pese a que conocía que a estas personas las entidades empleadoras ya les habían ordenado el reconocimiento y pago pensional.

La Sala no puede dejar de precisar, además, que el juez acusado carecía de jurisdicción y competencia para asumir el conocimiento de los asuntos, y que su deber era, tal como lo destacó la fiscalía, remitirlos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que en la litis se hallaban involucradas entidades públicas (SENA, TELECARTAGENA y el ISS) y recursos públicos, cuestión que no podía pasar desapercibida para el funcionario, dada la experiencia con la que contaba para la fecha de los hechos.

Esta y otras situaciones fueron puestas de presente al acusado por la apoderada del ISS, como ocurrió en el radicado n.º 2011-0451, indicándole que la decisión que estaba

ejecutando no se encontraban en firme al no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta ante el superior, por tratarse de una sentencia adversa a la Nación que no fue oportunamente apelada, como lo reglaba en artículo 386 del Código de Procedimiento Civil.

En el referido asunto, la solicitud de la apoderada del ISS fue rechazada de plano por el acusado, lo que dio lugar al recurso de alzada que culminó con la decisión del 12 de julio de 2016 de la Sala Laboral del Tribunal de Cartagena, que declaró la nulidad insaneable del proceso (por falta de jurisdicción y competencia), ordenando su remisión a las autoridades judiciales de lo contencioso administrativo.

6.4.4. Finalmente, ningún fundamento respalda el alegato de la defensa, según el cual, el entonces ISS fungía como un administrador de los dineros de los trabajadores, quienes eran propietarios de su ahorro pensional, y que, por tal motivo, los recursos entregados tenían naturaleza privada, lo cual, en su particular criterio, descarta la existencia del delito de peculado.

La Ley 33 de 1985 reguló las prestaciones sociales para el Sector Público, normatividad que se aplicaba a empleados públicos o trabajadores oficiales. Conforme al artículo 9° de esa normatividad, las pensiones reconocidas bajo ese régimen pensional se cubrían con el presupuesto anual de la respectiva Caja de Previsión y, además, con las transferencias del Presupuesto Nacional que determinara el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Adicionalmente, para el reconocimiento de prestaciones económicas de servidores del Estado por parte del ISS, al amparo del régimen de transición, se requiere de la emisión de los correspondientes bonos pensionales que corresponden a contribuciones parafiscales que permiten financiar las pensiones de los beneficiarios -Decreto 1299 de 1994 art. 1º- sin que en estos casos exista un ahorro individual en cabeza del afiliado.

Al amparo de la figura de la compartibilidad pensional, el ISS realiza el reconocimiento de la

pensión de vejez con los bonos pensionales y los aportes del afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Estos últimos, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, “constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.”.

Así las cosas, el reconocimiento indebido de pensiones al amparo de la Ley 33 de 1985, es un atentado contra la administración pública al constituir una apropiación indebida de recursos de: i) fondo común de naturaleza pública –aportes al régimen de prima media con prestación definida-, ii) presupuesto anual de las entidades públicas que, de acuerdo a esa normatividad, tenían la condición de Cajas de Previsión⁶⁷, iii) transferencias del Presupuesto Nacional determinadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y iv) bonos pensionales como contribuciones parafiscales para financiar las pensiones de los beneficiarios.

De esta manera, queda claro que el entonces ISS no fungía como administrador de recursos privados a la manera de un ahorro pensional de los trabajadores, sino que, como entidad del sistema general de seguridad en pensiones, tenía a cargo recursos públicos que resultaron afectados con las ilícitas actuaciones del procesado.

En definitiva, de lo expuesto se desprende la actualización de los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, aspectos a los que se circunscribe la apelación, por lo que se impone confirmar también el fallo por este ilícito.

6.5 Otras determinaciones

6.5.1 El apoderado judicial del P.A.R.R. I.S.S. solicitó modificar el monto que debe declararse como apropiado, en el sentido de precisar que asciende a la suma de \$30.820'819.888,76.

La Sala advierte que en la acusación la fiscalía señaló que el procesado ordenó pagos por «valor aproximado a los \$ 53.885.407.158,00», suma que repitió en los alegatos de cierre del juicio oral, donde precisó que fue el monto respecto del cual ejerció disponibilidad jurídica⁶⁸.

El Tribunal, al totalizar los montos «de los dineros públicos objeto de apropiación en favor de terceros dispuestos por el acusado», concluyó que la suma ascendía a \$50.570'217.456, pero que esta cifra «difiere con la enunciada por la fiscalía por el valor de (...) \$30.670'391.789...», la cual, adujo, correspondía al valor de lo efectivamente apropiado.

El ente investigador, en la audiencia pública, afirmó que el valor de lo apropiado era de \$30.067'391.78969 (sic), pero la prueba documental informa que la cifra asciende a \$30.820'819.888,7670, como lo reclama el representante de víctimas. Por tanto, así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

Esto no incide en el monto de la multa, porque, como lo expuso el a quo, «atendiendo al principio de estricta legalidad de la pena, la de multa para este caso no puede superar los 50.000 s.m.l.m.v. [art. 397, L. 599/00], que para el momento de la comisión de la conducta representaba \$26.780.000.000, que será la pena finalmente a imponer»⁷¹.

6.5.2. El apoderado de víctimas cuestionó la decisión del Tribunal de no compulsar copias para que se investigue el posible delito de prevaricato por acción en que se habría incurrido con ocasión del fallo de tutela proferido el 23 de noviembre de 2011 (rad. 2011-00186) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que el procesado citó como fundamento para abstenerse de dar trámite al grado jurisdiccional de consulta en los procesos objeto del presente asunto.

En torno a este aspecto, la Sala encuentra acertada la respuesta dada por la primera instancia, pues si la representación de víctimas considera que la referida autoridad judicial incurrió en dicha conducta punible, es de su resorte poner en conocimiento de las

autoridades competentes esos hechos.

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: ACLARAR que el valor de lo apropiado con ocasión de la ejecución de los fallos que profirió el exjuez Fabio Cabarcas Pardo asciende a \$30.820'819.888,76.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: ADVERTIR que contra esta decisión no proceden recursos.

CUARTO: DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 La Corte debe precisar que, encontrándose la actuación en curso de la segunda instancia, el procesado y su defensor radicaron solicitud de libertad provisional ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, autoridad que la negó y concedió el recurso de apelación interpuesto. En dicho trámite, mediante auto CSJ AP853-2021, 10 mar. 2021, rad. 58865, la Sala anuló la decisión de primera instancia y rechazó por improcedente la solicitud.

2 Fallo de primera instancia, fl. 6.

3 En la audiencia virtual de lectura del fallo del 20 de octubre de 2020, el apoderado judicial de Colpensiones anunció que sustentaría el recurso oralmente, por lo que se le concedió el uso de la palabra para tal efecto. Luego de avanzar con la sustentación, se presentó un problema de conexión, por lo que requirió y fue autorizado a presentar el recurso por escrito (audio n°. 2, récord 1:14:15 a 1:26:35).

4 Indicó que en la práctica de la prueba testimonial algunos declarantes indicaron que se trataban de copias que podían ser adulteradas, y no de documentos originales. En concreto, la testigo Luz Marina Yunes Jiménez.

5 Como respaldo de su argumentación, citó el auto CSJ AP3967-2015, rad. 46183 e indicó que en la actuación se anunció que los documentos iban a incorporarse mediante testigo de acreditación, pero que al final fueron incorporados de manera directa por el delegado de la fiscalía.

6 Como sustento, transcribió en extenso los pronunciamientos CSJ, rad. 38187 del 24 de julio de 2012, rad. 25920 del 21 de febrero de 2007, rad. 30598 del 19 de febrero de 2009, entre otros, y apartados del Capítulo Único del Título II del libro segundo de la Ley 906 de 2004.

7 Como sustento de este argumento, citó, entre otros fallos, los radicados de
decisiones del Consejo de Estado n.º 5708, 5833 y 5937, del 3 de abril de 1995.

8 En este apartado transcribió en extenso apartes del fallo de primera instancia.

9 Como sustento de esta afirmación, transcribió apartes de las sentencias CC
T-1117 y T-1223 de 2003.

10 El procesado aludió y citó apartes de las siguientes normas: Decreto-Ley 2158
de 1948, Ley 362 de 1997, Ley 1149 de 2007, Ley 712 de 2001, Decreto 01 de 1984 y
Ley 1437 de 2011 –entre otras–.

11 Sobre este argumento en concreto, transcribió extractos de las referidas
normas en punto a la vigencia del proceso oral en la jurisdicción ordinaria laboral, así
como del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura PSAA11-9006 de 2011 y la
sentencia CC C-493 de 2016, entre otras.

12 En cuanto a la improcedencia del grado jurisdiccional, refirió a los radicados
N.º 38389 y 40525 del 26 de octubre y 30 de noviembre de 2010, respectivamente. Y
en relación con el cambio jurisprudencial, citó en concreto el radicado N.º 34552
del 26 de noviembre de 2013.

13 Citó apartados del Decreto-Ley 2158 de 1948, Decreto 01 de 1984 y Ley 1437
de 2011, entre otras.

14 En concreto, aludió y transcribió apartes de la sentencia CC C-1255-2001.

16 Cfr. CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36562.

17 Audiencia del 26 de marzo de 2019, récord 36:39.

18 lb., record: 46:12.

19 lb., record: 48:26.

20 Record: 8:58 a 37:35. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena negó por improcedente la solicitud, mediante decisión de trámite, por lo que no fue habilitada la interposición de recursos. Luego de esto, se procedió con la lectura de la decisión.

21 Cfr. CSJ AP2554-2019, rad. 55408 y SP12229-2016, rad. 43916.

22 Cfr. CSJ SP12229-2016, rad. 43916.

23 Cfr. AP948-2018, rad. 51882.

24 Audiencia del 20 de noviembre de 2018, récord 7:50 y 16:50.

25 lb., récord: 54:51.

26 Cfr. AP948-2018, rad. 51882 y AP2554-2019, rad. 55408.

27 La audiencia preparatoria se llevó a cabo entre el 20 de noviembre de 2018 y el 29 de enero de 2019.

28 Cfr. CSJ SP12229-2016, rad. 43916; AP2554-2019, rad. 55408 y SP1591-2020, rad. 49323, entre otras.

29 Audiencia del 29 de enero de 2019, récord 1:48:00.

30 Audiencia del 26 de marzo de 2019, récord 34:50.

31 Cfr. SP7732-2017, rad. 46278 y AP2901-2019, rad. 55136, entre otros

pronunciamientos.

32 Audiencia del 16 de diciembre de 2016, récord 52:36.

33 Cuaderno n.º 1, fls. 82 y 83; y, audiencia de formulación de acusación del 18 de septiembre de 2018, récord 1:47:42.

34 Fallo de primera instancia, fl. 82.

35 En concreto, como consecuencia de los procesos identificados con los números 2011-045, 2010-451, 2011-058, 2010-059 y 2010-399. En los alegatos de cierre, tal como lo indicó el a quo, la fiscalía precisó que, en relación con el radicado n.º 2011-105, contenido en el escrito de acusación, no haría referencia debido a que, en relación con ese hecho, no llevó a cabo «el debido descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios». Audiencia del 23 de julio de 2019, récord: 6:00.

36 Cfr. CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303, SP, 3 jul. 2013, rad. 40226, SP4620-2016, rad. 44697 y SP5394-2017, rad. 47920, y SP1310-2021, rad. 55780, entre otras.

37 Cfr. CSJ AP. 29 de julio de 2015, rad. No. 44031 y SP3578-2020, rad. 55140, entre otras.

38 Cfr. CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005, SP4620-2016, rad. 44697, y SP467-2020, rad. 55368, entre otras.

39 Estos documentos se incorporaron en la sesión de la audiencia de juicio oral realizada el 26 de marzo de 2019 y fueron identificados como prueba n.º 1 de la fiscalía. Récord: 36:39. Carpeta n.º 05 - Documento PDF - 01. PRUEBA FISCALÍA N.º 1.

- 40 Audiencia del 18 de septiembre de 2018, récord: 1:47:42.
- 41 CSJ Sala Laboral, rad. 19137 del 13 de mayo de 2013.
- 42 Expediente N.º D-686, Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995.
- 43 Cfr. Expediente digital, «09. PRUEBA FISCALÍA N° 3 RESOLUCIONES DE RECONOCIMIENTO PENSIÓN SENA CUADERNO 1», fl. 267.
- 44 Cfr. CSJ SL, rad. 23760 del 2 de febrero de 2005, rad. 20996 del 18 de agosto de 2003, rad. 23760 del 8 de febrero de 2005 y rad. 33371 del 22 de abril de 2008; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 27 de octubre de 2005, rad: 11001-03-25-000-2003-00393-01, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de septiembre de 2012, rad: 05001-23-31-000-2004-06871-01, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de septiembre de 2012, rad: 05001-23-31-000-2004-06871-01; y, CC T-1233 de 2008, T-045 de 2016 y C-138 de 2018 (entre otras).
- 45 Carpetas pruebas documentales – resoluciones SENA y TELECARTAGENA, fls. 1 a 265 y 1 a 123.
- 46 Otros regímenes de seguridad social previstos dentro del régimen de transición son los establecidos en el Decreto 546 de 1971, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 758 de 1990, entre otros.
- 47 Entre otras: Cfr. T-702-2009, T-295-2011 y T-013-2011.
- 48 Cfr. Igualmente, CSJ AP, 27 oct 2008, rad. 26243 y AP127-2020, rad. 53630.
- 49 Cfr. CSJ AP, 13 ago. 2014, rad. 41600 y AP1399-2021, rad. 54522, entre

otros.

- 50 Documentos del expediente de rad. 2011-00045, fl. 73.
- 51 Ib., fls. 86 a 92.
- 52 Carpeta prueba n.º 4, fls. 43 a 56.
- 53 Documentos del expediente de rad. 2011-00045, fl. 73.
- 54 Ib., fls. 74 a 85.
- 55 Documentos del expediente de rad. 2011-00045, fls. 86 a 92.
- 56 Ib., fl. 95.
- 57 Cfr. CSJ, auto 28 de marzo de 2016, Rad. 32645 y SP730-2021, rad. 55287.
- 58 Cfr. CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.
- 59 Cfr. SP5053-2018, rad. 53277, CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387; CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099 y CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.
- 61 Fallo de primera instancia, fls. 67 y 68; y, cuadro anexo n.º 1.
- 62 Ib., fl. 67.
- 63 Fallo de primera instancia, fls. 68.
- 64 Audiencia del 14 de agosto de 2019, segunda parte, récord: 1:23:16. En su intervención el procesado no distinguió, en concreto, a cuál de los cinco (5) procesos

hacía referencia.

65 Carpetas pruebas documentales – resoluciones SENA y TELECARTAGENA, fls. 1 a 265 y 1 a 123.

66 Así lo afirmó el delegado de la fiscalía en la audiencia del 23 de julio de 2019, de alegatos de conclusión, récord: 16:00. En el fallo de primera instancia se consignó que esta suma era por \$30.670'391.789.

67 Ley 33 de 1985 artículo 13: “Para efectos de esta ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que, por ley, reglamento o estatutos, tenga entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos órdenes. Así mismo, para efectos de esta ley, se entiende por empleados oficiales los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social”

68 Audiencia del 23 de julio de 2019, récord: 16:00.

69 Ib.

70 Oficio DJU1030000000160 del 15 de febrero de 2017, pág. 1.

71 Fallo de primera instancia, fl. 101.