



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**  
**Magistrado Ponente**

**SP705-2020**

**Radicación N° 51.678**

(Aprobado Acta No. 055)

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2020).

### **VISTOS**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del procesado, contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena el 25 de enero de 2017, en la cual condenó al ex Juez Segundo Laboral del Circuito de Cartagena **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES**, como autor del delito de peculado

por apropiación en favor de terceros agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

## **HECHOS**

1. **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES** en su condición de Juez Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, profirió sentencias favorables a los intereses de OSWALDO ÁLVAREZ ALMEIDA (11 de mayo de 1995<sup>1</sup>), LUIS HUMBERTO ROJAS ZURCO (23 de septiembre de 1994<sup>2</sup>) y LUIS DÍAZ OJEDA (27 de enero 1995<sup>3</sup>), quienes demandaron a la empresa Puertos de Colombia- FONCOLPUERTOS, a fin de que les fueran reliquidadas cesantías, diferencias de la pensión de jubilación e intereses moratorios, basándose en la convención colectiva de dicha entidad, y que, al revisarse el interior de dichos procesos laborales, no se encontró incorporada en ninguno de ellos.

2. A raíz de dichas sentencias, luego de haber sido emitidas y ejecutoriadas, se impartieron órdenes de pago (Oswaldo Álvarez Almeida -Resolución No 1082 del 29 de julio de 1997 por la suma de \$27.368.280.87<sup>4</sup>-, Luis Humberto Rojas Zurco – Resolución 1419 del 2 de julio de 1996- por \$33.526.575.4<sup>5</sup> y Luis Díaz Ojeda – Resolución 1493 del 23 de

---

<sup>1</sup> Cuaderno Original – Segunda Instancia. Fiscalía General de la Nación. Recurso de apelación frente a la resolución de acusación, folio 9.

<sup>2</sup> *Ibidem*, folio 11.

<sup>3</sup> *Ibidem*, folio 10.

<sup>4</sup> *Ibidem*, folios 9 y 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, folio 11.

junio de 1995- por un valor de \$26.205.692<sup>6</sup>) que al pagarse causaron detrimento patrimonial al erario público, específicamente, a los bienes del fondo de liquidación de pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia, por la cantidad anteriormente referida.

3. Mediante múltiples fallos proferidos por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el año 2001, fueron revocadas las precitadas providencias al considerar que se fundamentaron en convenciones colectivas de trabajo, las cuales no obraban en el expediente y, tampoco se observó constancia en donde se requería al Ministerio de Trabajo para que se aportara el ejemplar de la misma<sup>7</sup>.

### **ANTECEDENTES PROCESALES**

4. La Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en el informe presentado por los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación C.T.I, decretó la apertura de la investigación preliminar contra **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES**, por su presunta participación en los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía.

5. Mediante resolución del 31 de julio de 2006<sup>8</sup> se declaró la conexidad procesal entre los procesos promovidos

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, folio 10.

<sup>7</sup> Cuaderno Original N° 2. Fiscalía General de la Nación, folio 192.

<sup>8</sup> Cuaderno Original N° 1. Fiscalía General de la Nación, folio 62.

por Oswaldo Álvarez Almeida, Luis Humberto Rojas Zurco y Luis Díaz Ojeda.

6. Desde que se inició la investigación penal el indiciado no compareció al proceso, por lo que se realizó la vinculación de **GARCÍA MONTES** mediante la declaratoria de persona ausente<sup>9</sup>, y se ordenó su captura en resolución del 22 de febrero de 2007. Materializada la misma, fue escuchado en diligencia de indagatoria el 21 de septiembre de 2009<sup>10</sup>.

7. El 30 de mayo de 2008 le fue definida su situación jurídica<sup>11</sup>, decisión en la que se declaró la preclusión de la investigación por el delito de prevaricato por acción, dado el acaecimiento del fenómeno jurídico de la *prescripción*. Además, se le consideró presunto coautor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía (Art. 133 Inc. 3° del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), imponiéndosele medida de aseguramiento. Finalmente, el 31 de diciembre de 2009, se profirió resolución de acusación contra **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES**, como coautor del delito descrito<sup>12</sup>.

8. Desatado el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado contra la resolución de acusación<sup>13</sup>,

---

<sup>9</sup> *Ibidem*. Por medio de la resolución del 13 de marzo de 2007, folios 67 a 71.

<sup>10</sup> La diligencia de indagatoria fue adelantada a través de funcionario comisionado (Fiscal Noveno Delegado ante los Juzgados Promiscuos del Circuito de Corozal – Sucre. Cuaderno original N° 1, folios 226 a 238.

<sup>11</sup> *Ibidem*, folios 77 a 92.

<sup>12</sup> Cuaderno Original N°2, Fiscalía General de la Nación, folios 169 a 194.

<sup>13</sup> *Ibidem*, folios 225 a 232.

fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en resolución del 17 de marzo de 2010, asignándose el conocimiento del proceso al Tribunal Superior de Cartagena.

9. El citado Tribunal, mediante providencia del 30 de agosto de 2010, se pronunció frente a la solicitud de libertad impetrada por el defensor del procesado, determinando la revocatoria de la medida de aseguramiento que le fue impuesta, y se ordenó su libertad inmediata. No obstante, en respuesta al recurso de apelación interpuesto contra esta nueva providencia del Fiscal 56 Delegado ante la C.S.J, en fallo de 11 de mayo de 2011, se le impuso al procesado las medidas de aseguramiento de vigilancia electrónica, prohibición de salir del país y caución prendaria<sup>14</sup>.

10. Tras adelantarse la audiencia preparatoria los días 13 y 27 de junio de 2012 respectivamente, y la audiencia pública de juzgamiento el 25 de noviembre de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena profirió fallo condenatorio el 25 de enero de 2017<sup>15</sup>.

11. Dada la discrepancia de la defensa con la decisión del Tribunal, se presentó memorial solicitando se corrigiera y aclarara la sentencia frente a la aparente inmediatez de la orden de captura ordenada en el apartado segundo de la parte resolutive; finalmente, agregó le fuera concedido el recurso de apelación contra la sentencia, en tanto consideró

---

<sup>14</sup> Providencia que resuelve recurso de apelación, folios 6 – 16.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal, folios 296, 351 y 445 respectivamente.

el apoderado que, la norma empleada para la tasación de la pena y la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena presentaba inconsistencias, pues se le aplicó una que en su criterio no corresponde a la adecuada.

12. En auto del 03 de noviembre de 2017, el Tribunal atendió la solicitud de aclaración de la defensa, indicando que el cumplimiento de la orden de captura prevista se supedita a la ejecutoria de la sentencia de primera instancia<sup>16</sup>. Entendiendo que todos los demás puntos de controversia señalados por el apelante en el recurso de apelación constituían cuestionamientos directos contra la providencia, procedió a conceder el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, frente a esta Sala.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

13. El Tribunal, al reseñar los hechos objeto de investigación y las actuaciones procesales, con fundamento en la resolución acusatoria, valoró como manifiestamente contrarias a la ley<sup>17</sup> las providencias emitidas por el investigado, las cuales generaron un pago indebido en favor de terceros respecto de los cuales ostentaba deber de

---

<sup>16</sup> Cuaderno Principal. Sentencia de adición y aclaración respecto del fallo de primera instancia, folio 514. Consideró el Tribunal: “Así, en nuestro caso particular observamos que el defensor de Jaime José García Montes como primer punto solicita la adición y/o aclaración de la sentencia de primer grado, bajo el entendido que, al no venir cobijado su defendido con medida de aseguramiento durante el transcurso de la actuación, no resultaba procedente que la Sala librara orden de captura hasta tanto la sentencia quedara ejecutoriada”.

<sup>17</sup> Cuaderno Principal, fallo de primera instancia, folios 445 y ss.

custodia por motivo de sus funciones, generando detrimento patrimonial al Estado.

14. Dicho menoscabo se materializó mediante las órdenes dirigidas a la Empresa de Puertos de Colombia, dictaminando el pago a favor de los ex trabajadores LUIS HUMBERTO ROJAS ZURCO, LUIS DÍAZ OJEDA y OSWALDO ÁLVAREZ ALMEIDA, por concepto de acreencias labores carentes del sustento probatorio necesario, valorados, en su orden, cercanos a 33, 26 y 27 millones de pesos<sup>18</sup>. Así, se dio por configurado el punible de peculado por apropiación en favor de terceros.

15. Ahora bien, con relación a la existencia de las convenciones colectivas de trabajo, las cuales debieron fungir como sustento normativo para proferir las sentencias de los tres casos examinados, estableció el *A quo* que ningún documento en el expediente permitía determinar una valoración sobre el contenido dichas normas convencionales llamadas a regular cada caso en particular por parte del procesado. Es decir, tales sentencias se profirieron sin la antelación de fundamento jurídico plausible.

16. Luego de ello, de conformidad con las inquietudes plasmadas por la defensa en su alegato de conclusión, el Tribunal invocó en la parte motiva del fallo la tesis de esta Sala respecto a la configuración del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, cuando los jueces toman

---

<sup>18</sup> Cuaderno Principal, sentencia de primera instancia, folio 455.

decisiones indebidas sobre bienes oficiales que están bajo su administración. Esto es claro para el *A quo* en tanto la vinculación entre el juez y los bienes respecto de los cuales profiere decisiones no deriva de una asignación de competencias, sino de un deber funcional (*relación jurídica*) en virtud del cual también funge como administrador<sup>19</sup>.

17. Frente a los elementos objetivos del peculado por apropiación en favor de terceros como tipo penal, atinente la conducta del procesado, estableció y dio por satisfechos: *i*) la condición de servidor público del ex juez; *ii*) el abuso del ejercicio de sus funciones y la relación de disponibilidad jurídica sobre los bienes del Estado que ostentaba; *iii*) la disposición de tales bienes y, *iv*) el provecho ilícito en favor de terceros derivado de su comportamiento.

18. El dolo como elemento subjetivo, fue puesto de presente por el Tribunal, en tanto manifestó que el proceder de **GARCÍA MONTES** se dio “*soslayando la falta de una actividad probatoria seria y razonada*”<sup>20</sup> por parte de los demandantes en los procesos cuyo conocimiento avocó, teniendo conocimiento y voluntad sobre la carga procesal en cabeza de ellos.

19. Así las cosas, concluyó que la conducta desplegada por el procesado resultó típica, antijurídica y culpable frente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, folio 462.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

20. En lo concerniente a la dosificación punitiva, la primera instancia determinó aplicar el sistema de cuartos previsto en la Ley 599 de 2000 por resultar más favorable al procesado. Para ello, dispuso aplicar el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, reformado por la Ley 190 de 1995, al ser la normatividad vigente para el momento de los hechos.<sup>21</sup>

21. Conforme a lo anterior, el Tribunal resuelve condenar a **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES** a la pena principal de 80 meses de prisión y multa por el valor de lo apropiado (sumas que superaron los 86 millones de pesos, materializadas durante los años 1995-1996<sup>22</sup>), así como la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, al encontrarlo autor responsable del delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado en concurso homogéneo sucesivo.

22. Adicionalmente, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena puesto que –partiendo de la dosificación punitiva previamente realizada– superaba el *quantum* establecido por la ley penal para otorgar dicho subrogado. Además, no concedió el beneficio de prisión domiciliaria, en tanto no se cumplía el presupuesto contenido en el artículo 38 original de la Ley 599 de 2000, dado que la pena impuesta no puede ser superior a los 5 años de prisión<sup>23</sup>.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, folio 467.

<sup>22</sup> *Ibidem*, folio 461.

<sup>23</sup> *Ibidem*, folios 477 y 478.

23. La defensa solicitó se *reconsidere* por parte de la Sala Penal, el criterio atinente a la configuración del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, cuando los jueces toman decisiones indebidas respecto de bienes oficiales, los cuales en razón de su deber funcional, se predica que están bajo su administración. Al respecto el apelante afirmó lo siguiente:

*“(...) puesto que con ese planteamiento el juez civil que dispone ilegalmente de mis bienes, estaría igualmente administrándolos, a raíz de esa facultad, lo que desdice del término y sentido natural de «administrar». Mientras que este sea el de llevar un control directo y dispositivo de los bienes de otro, debidamente especificados o determinados en su especie, no será posible que un juez por el solo hecho de poder dictar sentencias vinculantes, ya pueda sin más estimarse administrador de la cosa pública... lo que habría sería un delito de prevaricato y un acto de determinación y/o autoría mediata, para longa manus, imponerle inculpablemente la apropiación por hurto a un tercero, a favor de otro”<sup>24</sup>.*

El replanteamiento de dicho criterio es relevante para el apelante toda vez que, de descartarse dicha tesis, sólo podría subsistir el prevaricato como delito imputable al procesado, y no el peculado; en consecuencia, prescrito el primero, no subsistiría reproche jurídico posible contra **GARCÍA MONTES** por los hechos acusados.

Además, la inexistencia de motivación por parte del Tribunal sobre la tipicidad (en sus aspectos objetivo como subjetivo) respecto al tipo penal de peculado, indicando que el *A quo* se limitó a analizar dichos supuestos únicamente frente al punible de prevaricato.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, folio 504.

24. El recurrente reprocha que el Tribunal de primera instancia no otorgó valor probatorio a la narrativa manifestada por su defendido, tanto en diligencia de indagatoria como en la propia audiencia de juzgamiento<sup>25</sup>. Según él, no sólo no se valoró por parte de la primera instancia dichas declaraciones, sino que resultaba ser carga del juzgador desvirtuar tales aseveraciones (referentes a la existencia de las convenciones colectivas del trabajo en los procesos estudiados)<sup>26</sup>.

25. Afirmó la defensa que el Tribunal “*matemáticamente se equivocó en imponer una pena basada en el estatuto anticorrupción, - Ley 190 de 1995 - que expresamente esta misma Sala [Sic] y la Honorable Corte habían excluido de toda aplicación*”<sup>27</sup>. Sustenta lo anterior en jurisprudencia de esta Corporación y cita:

*“El llamado estatuto anticorrupción, con el que, entre otras cosas, se aumentó las penas de los delitos contra la administración pública, contenido en la Ley 190 de 1995, entró en vigencia el 6 de junio del mismo año, esto es, casi un mes después de proferirse la última de las mencionadas sentencias, razón por la cual la pena aplicable es la prevista en la ley anterior, a menos que la nueva fuera más benigna al ciudadano investigado.*

*Así en vigencia del inciso segundo del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 2° de la Ley 43 de 1982, la pena de prisión prevista para el peculado, cuando el monto de lo apropiado sobrepasaba de quinientos mil pesos, era de cuatro a quince años de prisión.*

*La posición del apelante, según la cual, frente a una eventual condena y por tanto como parámetro para evaluar la*

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, folio 507.

<sup>26</sup> *Ibidem*. El apelante manifestó: “(...) Sobre estas tres afirmaciones, ¿qué pruebas ha entregado la fiscalía o el H. Tribunal? Ninguna. Sólo ha [sic] se ha especulado en razonamientos hipotéticos, pero de ninguna manera ha encontrado pruebas que le contradigan”.

<sup>27</sup> Cuaderno Principal sustentación del recurso de apelación, folio 503.

*procedibilidad de la medida asegurativa privativa de la libertad, se debería aplicar la pena de prisión contenida en la posterior Ley 190 de 1995, seto [Sic] es, de seis a quince años, resulta inaceptable; sencillamente por ser abiertamente contraria al principio de favorabilidad”<sup>28</sup>.*

Por ello, solicitó se reconsidere cuál resulta ser la norma vigente y aplicable al caso de su prohijado y, respectivamente, sea dosificado nuevamente el monto de la pena.

26. Como consecuencia de la presunta equivocación del Tribunal en la dosificación de la pena, el apelante requirió le fuese concedida al procesado la suspensión de la ejecución condicional de la pena, puesto que corregido dicho yerro “*deben excluirse las razones objetivas que se expresaron para no hacerlo merecedor a la suspensión de la pena*”<sup>29</sup>.

## **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

### **1. Competencia de la Sala**

27. Esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, tiene la competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria que profirió la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena contra el ex Juez Segundo Laboral del Circuito de la misma ciudad **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES**.

---

<sup>28</sup> Cuaderno Principal, folio 502. Se cita a su vez la sentencia CSJ SP, 11 may. 2011, rad. 35.900.

<sup>29</sup> *Ibidem*, folio 503.

## **2. Asuntos a resolver**

28. Se expondrá el criterio actualmente aplicable por esta Sala sobre la capacidad de disposición ostentada por los jueces respecto de bienes oficiales, junto con la consumación del delito de peculado para así establecer la legislación correspondiente, ya que el Tribunal manifestó que la norma adecuada resultaba ser el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 (*peculado por apropiación*) modificado por la Ley 190 de 1995; en contraste, el apelante solicita se aplique dicha norma, pero sin la precitada modificación.

29. Así mismo, se confrontará el testimonio del procesado frente al acerbo probatorio existente a fin de determinar su responsabilidad.

## **3. Caso Concreto**

### **3.1. Configuración del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, cuando el juez no tiene la disponibilidad directa sobre los bienes del Estado**

30. El recurrente manifiesta que su defendido no incurrió en el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, pues *“no será posible sostener que un juez por el solo hecho de poder dictar sentencias vinculantes, ya pueda sin más estimarse administrador de la cosa pública”*<sup>30</sup>. Debido a ello, procederá esta Sala a resaltar el criterio adoptado en pacífica

---

<sup>30</sup> Cuaderno Principal. Sustentación del recurso de apelación, folio 504.

jurisprudencia frente a la disponibilidad jurídica por parte de los jueces respecto de bienes relacionados con sus decisiones:

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

*La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado **en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración**”<sup>31</sup>.-Negrillas fuera del texto original-.*

31. Este criterio se ha mantenido incólume y ha sido ratificado permanentemente por esta Sala<sup>32</sup>, así frente al punible de peculado por apropiación, se ha mencionado lo siguiente:

*“En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes **oficiales puede no ser material sino jurídica** y que esa disponibilidad no*

---

<sup>31</sup> Sentencia de 3 de agosto de 1976. Citada en: CSJ - SP 4 oct. 1994, Rad. 8729.

<sup>32</sup> Esta tesis ha sido aplicada en un proceso similar en donde resulta procesado de igual forma el apelante GARCÍA MONTES. Véase: CSJ- SP, 12 sep. 2018, Rad. 51.684.

*necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada **al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos.** Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación, pasaron al patrimonio de los extrabajadores de la Empresa, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio”.*<sup>33</sup>  
-Negrillas fuera del texto original-

32. Siguiendo el precedente jurisprudencial señalado, resulta claro que a través de las providencias favorables a los intereses de OSWALDO ÁLVAREZ ALMEIDA (11 de mayo de 1995<sup>34</sup>), LUIS HUMBERTO ROJAS ZURCO (23 de septiembre de 1994<sup>35</sup>) y LUIS DÍAZ OJEDA (27 de enero 1995<sup>36</sup>), quienes demandaron a la empresa Puertos de Colombia-FONCOLPUERTOS, **GARCÍA MONTES** dispuso ilegítimamente del patrimonio del fondo de liquidación de pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia – FONCOLPUERTOS - con ocasión de sus funciones como Juez Segundo Laboral del Circuito de Cartagena en los procesos laborales señalados, en tanto ostentó una *relación jurídica* con ocasión al *ejercicio de sus funciones*, y en virtud del cual administró tales capitales mediante múltiples fallos contrarios a derecho, siéndole reprochable las conductas por las cuales fue acusado y condenado.

---

<sup>33</sup> CSJ-SP, 6 mar. 2003, Rad. 18.021.Reiterado en: SP9094, 15 jul. 2015, Rad. 43.839; CSJ-SP364-2018, 21 feb. 2018, Rad. 51.142; SP5508-2019, 02 may. 2019, Rad. 49.172 y recientemente en: SP420-2020, 19 feb. 2020, Rad. 54.244.

<sup>34</sup> Cuaderno Original – Segunda Instancia. Fiscalía General de la Nación. Recurso de apelación frente a la resolución de acusación, folio 9.

<sup>35</sup> *Ibidem*, folio 11.

<sup>36</sup> *Ibidem*, folio 10.

33. Sobre este aspecto, se confirma la decisión de primera instancia.

### **3.2. De las declaraciones rendidas por el procesado frente a su responsabilidad penal**

34. El recurrente censura que la primera instancia no valoró las declaraciones rendidas por el procesado, en particular las que fueron expresadas en la audiencia pública de juicio, frente a las cuales no fueron controvertidas ni desarrolladas por parte del Tribunal, para argumentar la condena que se profirió en su contra.

35. Debe aclararse preliminarmente que el punto central de las declaraciones del procesado, tienen que ver con la incorporación de las convenciones colectivas de trabajo, con las cuales se falló en los tres procesos referidos anteriormente. De la revisión del expediente es evidente la inexistencia de las convenciones colectivas de trabajo en la foliatura de los tres procesos fallados por **GARCÍA MONTES** -tan es así que la defensa en la sustentación del recurso de alzada no cuestiona tal conclusión-, toda vez que no se da cuenta de ellas en ningún cuaderno obrante dentro del proceso<sup>37</sup>.

36. El apelante echa en falta particularmente las declaraciones rendidas por el acusado en la audiencia de juzgamiento, de las cuales esta Sala transcribe las que resultan relevantes para la presente disertación:

---

<sup>37</sup> Cfr. Calificación del mérito del sumario. Fiscalía 56 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá. Fls. 186 ss; y Cuaderno Original N° 1- Indagatoria del Procesado Fls. 226-238.

“Es el mismo H. Tribunal [Sic] quien le pregunta: El ente fiscal asegura que no correspondían estrictamente a lo reclamado sino que se excedían, cobros que no les pertenecían. CONTESTA EL PROCESADO: No acepto esa formulación [Sic] **todas esas sentencias eran respaldadas en los acuerdos convencionales** [Sic] nunca me extralimite [Sic].

Pregunta el suscrito como defensor técnico: Se ha dicho que las convenciones no estaban incorporadas [Sic] que nos puede decir: Contesto [Sic]: **esas convenciones si estaban en cada proceso y eran analizadas en cada fallo**, es mas [Sic] en uno de estos procesos, el del señor Arneo Olmos [Sic]<sup>38</sup> la fiscalía en principio me acusó porque no existía esa convención [Sic] luego en el curso del proceso ella solicitó esa convención y el fondo de pasivo social se la envió [Sic] ya la acusación no fue por falta de ese documentos [Sic] sino por errores aritmético. [Sic] **En cada proceso si estaba la convención que respaldaba ese fallo.**<sup>39</sup>- Negrillas fuera de texto-

37. De la anterior declaración puede apreciarse, que además de la inexistencia de las discutidas convenciones colectivas en la foliatura de los procesos, tal como lo estimó el Tribunal Superior de Cartagena, se apreciaron otras circunstancias relevantes dentro del proceso para sustentar su fallo, como:

i) La incongruencia en la fecha de incorporación de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1989-1990 en el proceso fallado a favor de OSWALDO ÁLVAREZ ALMEIDA. Tal recepción constó a 23 de septiembre de 1995<sup>40</sup>, es decir, aproximadamente 4 meses luego de

---

<sup>38</sup> Se presenta una confusión con el nombre, al parecer se refiere a Oswaldo Álvarez Almeida.

<sup>39</sup> Cfr. Folio 507 y 508. Cuaderno principal. Sustentación del recurso de apelación. Declaraciones rendidas en audiencia de juicio, véase minuto 11:37 en adelante.

<sup>40</sup> Cfr. Folio 103. Expediente del proceso fallado a favor de Oswaldo Álvarez Almeida.

proferida la decisión correspondiente. Sobre este punto se alegó por el procesado que dicho yerro consistió en una equivocación de la Oficial Mayor SONIA MERCADO VERGARA sobre el año señalado en el radicado<sup>41</sup>. Además, para justificar esa imprecisión temporal, argumentó que la referida funcionaria se equivocó al indicar el año en que debía fechar la foliatura, esto es que tal error se cometió en el mes de septiembre. Ante tal argumento la Sala advierte que, cuando el sentido común indica que a tal altura del año el funcionario judicial ya tiene presente la anualidad en la que se encuentra, no es creíble dicha apreciación. Además que advertido el yerro, era su deber corregirlo.

*ii)* Es un hecho comprobado la omisión del folio donde debió reposar la convención colectiva en la providencia emitida por el ex juez al fallarlo<sup>42</sup>, ante ello **GARCÍA MONTES** indicó que en un espacio foliado – para los 3 expedientes-, debía reposar la convención colectiva y que, basado en ello, tomó las determinaciones ahora tachadas como prevaricadoras. Dicho espacio en blanco denota una acción dolosa, a fin de tratar de demostrar la supuesta existencia de dichos documentos, y que luego de redactada la sentencia, dicho “*vacio*” fue llenado por la Secretaría<sup>43</sup>, pero no esgrimió razón alguna para que esa indicación faltante jamás se hubiese completado, más allá de decir que debió olvidarse<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> *Cfr.* Folio 230. *Ibidem.* Indagatoria del procesado.

<sup>42</sup> *Cfr.* Folio 108. Expediente del proceso fallado a favor de Oswaldo Álvarez Almeida.

<sup>43</sup> Declaraciones rendidas en audiencia de juicio, véase minuto 20:40 en adelante.

<sup>44</sup> *Ibidem.* Minuto 21:00 en adelante. Ratificado por la indagatoria realizada a la Oficial Mayor SONIA MERCADO VERGARA, Cuaderno Original No 3. *Fls.* 1 y 2.

Este argumento esgrimido por el procesado con sus aseveraciones en el juicio, como se transcribió precedentemente se contradice con lo transcrito anteriormente de la audiencia de juicio, en la cual afirmó que sí existían en los procesos las referidas convenciones de trabajo y, con base en su existencia profirió las sentencias favorables a los demandantes.

*iii)* La fundamentación normativa y probatoria de la sentencia fallada a favor de LUIS DÍAZ OJEDA en una convención colectiva cuyo rango temporal (1991-1993) que distaba claramente del pertinente para resolver, según los hechos presentados y discutidos en el proceso (1989-1990), situación ante la cual, el procesado se limitó a señalar repetidas veces que dicho pacto laboral, se encontraba en el expediente al momento de proferir los citados fallos.

38. Dado lo anterior, esta Corporación considera que el procesado no logró aportar una justificación satisfactoria en sus intervenciones, al carecer de fundamentación probatoria que las corrobore.

39. Desde la perspectiva de la *sana critica*, se entiende que el valor probatorio de las declaraciones rendidas por el ex juez deben analizarse en el contexto propio del proceso; atendiendo a su contenido, credibilidad y respaldo con otros medios de prueba. De esa manera, el no obrar en la foliatura las discutidas convenciones colectivas de trabajo, que supuestamente le permitieron adoptar las dichas determinaciones, no hay duda que acertó el Tribunal al

desestimar las pretensiones de la defensa en el punto que discute en sede de apelación. En conclusión, no se acogen los argumentos de la defensa en este punto de la apelación.

### **3.3. Del peculado por apropiación en favor de terceros**

40. El impugnante postula desde diversos puntos de vista dos reparos que la Sala resolverá de manera conjunta al compartir la misma unidad temática y conceptual, los cuales apuntan a: *i)* la caracterización y tipicidad del delito de peculado por apropiación, para responder a la queja sobre su falta de tipicidad de este tipo penal, y no únicamente del delito de prevaricato; *ii)* Como consecuencia de lo anterior, la aplicación de la Ley 190 de 1995 en el caso concreto, por cuanto se considera, dicha normatividad no es aplicable siguiendo un criterio jurisprudencial de esta misma Sala Penal.

#### **3.2.1. Tipicidad del delito de peculado por apropiación, a partir de la ilegalidad de las providencias**

41. Los elementos objetivos del peculado por apropiación se han decantado por la jurisprudencia de esta Sala de la siguiente manera: *“i) un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público; ii) la apropiación en cabeza del funcionario 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; y iii) la*

*competencia funcional y/o material para en su ejercicio administrar, tener, custodiar y, en últimas, disponer de tales bienes en perjuicio del patrimonio del Estado, disposición que, se aclara, puede ser material o jurídica”<sup>45</sup>.*

42. El juez de primera instancia dio por cumplido uno de los elementos típicos objetivos necesarios para la configuración del peculado por apropiación (administración de bienes con ocasión de sus funciones por parte del ex juez), constatando la calidad de servidor público que el procesado ostentaba en el momento de los hechos – circunstancia plenamente acreditada en el proceso<sup>46-</sup>, debido a que la apropiación de bienes del Estado por terceros se materializó mediante las órdenes de pago emitidas en virtud de las decisiones expedidas por el funcionario procesado.

La calificación del sujeto activo como juez de la República no se discute a lo largo del proceso, por estas razones, se dan por cumplidos los parámetros objetivos anteriormente señalados.

Vistos estos elementos dogmáticos, y una vez verificada la sentencia de instancia, se respalda el análisis desplegado por el Tribunal por la subsunción realizada de las conductas desplegadas por **GARCÍA MONTES** en el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros.

---

<sup>45</sup> CSJ- SP, 15 feb. 2017, Rad. 47.348.

<sup>46</sup> Cuaderno Principal, sentencia de primera instancia, folio 454.

43. Frente al elemento subjetivo del delito señalado, el Tribunal de instancia halló acreditado el dolo (con su respectivo conocimiento y voluntad) del procesado al fallar los procesos laborales que tenía a su cargo, desconociendo una actividad probatoria indispensable como lo era la valoración de las convenciones colectivas del trabajo, a las que aludió en las providencias confutadas, a pesar de que no fueron allegadas a la actuación por la parte interesada.

44. La Sala encuentra ajustado tal análisis, en tanto la apreciación conjunta de las pruebas recolectadas en el presente caso -como se examinó anteriormente en párrafos 36 a 39-, se determina que las citadas inconsistencias en las sentencias de los procesos laborales no corresponden a meras equivocaciones o vicisitudes en el normal ejercicio de la administración de justicia, sino a un obrar doloso, dado que consiente de esa situación resolvió los asuntos en favor de los demandantes sin que hubiera demostrado el antecedente factico y normativo de sus pretensiones.

45. El detrimento patrimonial del Estado en favor de terceros se *concretó* mediante los pagos que fueron realizados con ocasión de las órdenes judiciales dictadas por el acusado Juez Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, por lo que la argumentación esgrimida por el *a quo* en su fallo -respecto del carácter manifiestamente contrario a la ley de las sentencias investigadas- fue absolutamente necesario, en tanto el prevaricato debe entenderse para este caso como un

*delito medio*<sup>47</sup>. Es decir, un vehículo para materializar un delito principal (*peculado*), de ahí que el esclarecimiento de sus características objetivas y subjetivas es un paso *sine qua non* antes de abordar el estudio del tipo penal principal.

46. De igual forma refulge necesario aclararle al recurrente que la consolidación del fenómeno prescriptivo apareja la imposibilidad del Estado de iniciar o continuar la persecución penal de una determinada conducta punible y de contera sancionarla, efectos que no se extienden a las consecuencias igualmente típicas que de ellas se deriven, pues se trata de fenómenos escindibles tanto jurídica como ontológicamente. Si bien respecto del delito de prevaricato, el Estado perdió, por el paso del tiempo, la posibilidad de ejercer su poder sancionatorio, nada impide que la ilegalidad protuberante de las decisiones proferidas por **GARCÍA MONTES** sea valorada para deducir que prestó su voluntad para afectar el patrimonio público en favor de terceros.

Así, la prescripción de la acción penal no impide valorar la conducta prevaricadora del procesado para, a partir de allí, concluir su compromiso penal respecto de la conducta defraudadora del patrimonio público, en la medida en que las decisiones judiciales censuradas fueron el instrumento a través del cual se cometió el peculado por apropiación<sup>48</sup>.

47. En casos como el analizado, la Sala ha precisado el alcance del delito de *peculado por apropiación*, por cuanto se

---

<sup>47</sup> CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad 35.854 y SP 28 feb. 2018, Rad. 43.815.

<sup>48</sup> CSJ- SP 10 mar. 2013, Rad. 33.435, SP 9235-2017, 28 jun. 2017, Rad. 49.020

consume con la aprehensión de los “*bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares*”, no con la expedición de providencias contrarias a derecho, ya que esa conducta se adecua al delito de prevaricato. Además, se necesita la facultad de “*administración, tenencia o custodia*” en cabeza del servidor público el cual emite la providencia. En reciente fallo de la Sala de Casación Penal se sostuvo que:

*“La emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública.*

*En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública (...)”<sup>49</sup>.*

48. La conducta desplegada por parte de **GARCÍA MONTES**, se consumó cuando fueron pagados los saldos ordenados en las sentencias laborales expedidas por el procesado, en favor de OSWALDO ÁLVAREZ ALMEIDA, LUIS HUMBERTO ROJAS ZURCO y LUIS DÍAZ OJEDA, las cuales cuentan con órdenes de pago de fecha, 29 de julio de 1997<sup>50</sup>, 02 de julio de 1996<sup>51</sup> y 23 de junio de 1995<sup>52</sup>, respectivamente.

---

<sup>49</sup> CSJ-SP, 28 jun. 2017, Rad. 49.020; Reiterada en: CSJ-SP364-2018, 21 feb. 2018, Rad. 51.142, SP5508-2019, 02 may. 2019, Rad. 49.172 y recientemente en: SP420-2020, 19 feb. 2020, Rad. 54.244.

<sup>50</sup> Cuaderno Original – segunda instancia. Fiscalía General de la Nación, recurso de apelación frente a la resolución de acusación. Resolución N° 1082, folio 10.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Resolución N° 1419, folio 11.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Resolución N° 1493, folio 10.

### **3.2.2. Imposición en la pena del aumento contenido en la Ley 190 de 1995**

49. En este punto subsiste un reclamo por parte del defensor, quien manifiesta que la norma aplicable al caso no es la Ley 190 de 1995, sino el Decreto – Ley 100 de 1980, en cuanto es más *favorable* al procesado. Sobre el tema resuelto por la Sala, en providencia del 11 de mayo de 2011 Rad. 35.900.

50. Es cierto que en esa decisión se precisó y aquí se ratifica que las 3 decisiones con las cuales el acusado benefició a extrabajadores de Foncolpuertos, que no tenían derecho a lo reclamado. Sin embargo el resultado, es decir el detrimento patrimonial al Estado se produjo cuando ya dicha norma estaba vigente, razón por la cual acertó el Tribunal de instancia al haberle dado aplicación, tal como ha tenido la oportunidad de precisarlo la Corte por las siguientes razones:

*i)* La Sala en pacífica y reciente jurisprudencia ha expresado que el delito de peculado por apropiación se perfecciona con la *apropiación patrimonial*, así:

*“(...) el momento consumativo del tipo penal estudiado en los eventos en que el agente tiene la disponibilidad jurídica del bien, dicha **conducta se perfecciona solo cuando se produce la apropiación patrimonial**, como consecuencia de la decisión judicial ilícita. En efecto, la Sala ha sostenido:*

*Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de **peculado por apropiación***

**es de carácter instantáneo**, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo<sup>53</sup>.

Tal premisa no ofrece mayores dificultades en aquellos eventos en que el acto de apropiación es consecuencia de la disponibilidad material de los recursos. No sucede lo mismo cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con estos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, del ejercicio de un deber funcional<sup>54</sup> que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.

Esta es la situación predicable de los funcionarios judiciales, en la medida en que ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permite disponer de ellos a través de providencias vinculantes para las partes e investidas de la presunción de acierto y legalidad. Por ello, ha sostenido la Sala, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, **actualizan el tipo de peculado por apropiación**.

No obstante, ello no puede llevar al extremo de afirmar, como se deduce en el fallo impugnado con sustento en pretérita decisión de esta Corporación<sup>55</sup>, que el delito se consuma por la sola razón de las funciones oficiales, pues, sin perjuicio de que no se precise para su estructuración la producción de un resultado, sí exige la acción de apropiarse<sup>56</sup> del patrimonio público, ya sea directamente o a través de un acto de disposición jurídica que se materialice sobre aquél.

En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada -esta sí- de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública, “se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento

---

<sup>53</sup> CSJ AP, 18 abr. 2012, Rad. 38.188

<sup>54</sup> CSJ SP, 6 mar. 2003, Rad. 18.021

<sup>55</sup> Se trata de la providencia SP, 6 mar. 2013. Rad. 18.021, en la cual la Sala afirmó la consumación de la conducta punible de peculado por apropiación por razón de las funciones oficiales que cumplía el procesado, en contraposición a la posible estructuración de un delito de estafa.

<sup>56</sup> “tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad”. Diccionario Usual. Real Academia Española

*más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado*<sup>57</sup>.

*Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”<sup>58</sup>. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.*

*El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública. (CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020)” (CSJ SP364-2018 21 feb. 2018, Rad. 51.142).*

ii) El delito de peculado por apropiación es de *ejecución instantánea* ya que se consume cuando un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, se evidencia el ánimo de detentarla (CSJ- SP 10 oct.2012. Rad. 38.396)<sup>59</sup>. En el caso que ocupa la atención de la Sala, se evidencia que los pagos se realizaron

---

<sup>57</sup> CSJ. SP, 20 feb. 2013. Rad. 39.353. También CSJ. SP, 2 jul. 2014. Rad. 39.356.

<sup>58</sup> CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

<sup>59</sup> Ratificado en CSJ AP, 18 abr. 2012, Rad. 38.188 y CSJ SP364-2018 21 feb. 2018, Rad. 51.142.

efectivamente y con posterioridad a la expedición de la Ley 190 de 1995<sup>60</sup>.

La anterior postura se ha aplicado anteriormente por la Corte en un caso muy similares a saber:

*“3.2. Al respecto, se sabe que mediante Resolución 1768 del 13 de noviembre de 1997, Foncolpuertos ordenó cancelar la suma de \$28.739.477.69, y su desembolso se produjo el 25 de marzo de 1998 -como ya lo había reconocido la misma demandante en el primer cargo-, **siendo ésta la fecha de consumación del punible.***

*Consecuente con esa realidad, la norma aplicable vendría a ser el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, que sanciona la conducta con prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años”. -Negrillas fuera de texto- (CSJ AP7147-2015 02 dic. 2015. Rad. 46.176)*

*iii)* El Radicado 35.900 habla sobre el principio de favorabilidad entre dos legislaciones, aplicándose la que le resulte más benigna al procesado, y lo aplicó al estudio de las medidas de aseguramiento que en su momento fueron concedidas a favor del inculpado, aclarando que existirá una favorabilidad cuando la conducta se presente en un *tránsito legislativo*. En el presente caso se observa los pagos efectuados no se efectuaron durante un período de tiempo en que se haya cambiado la legislación, sino durante la vigencia de la Ley 190 de 1995, por lo que era evidente la aplicación de una norma a partir de su publicación.

---

<sup>60</sup> En favor de OSWALDO ÁLVAREZ ALMEIDA, LUIS HUMBERTO ROJAS ZURCO y LUIS DÍAZ OJEDA, las cuales cuentan con órdenes de pago de fecha, 29 de julio de 1997, 02 de julio de 1996 y 23 de junio de 1995, respectivamente.

*iv)* Como se mencionó anteriormente, el prevaricato es un *delito medio* para lograr el *delito fin-* peculado por apropiación- luego la determinación para la fecha de su consumación es la del pago a los pensionados.

51. Por lo anterior, debe indicarsele al apelante que dichas órdenes de pago se dieron con *posterioridad* a la expedición de la Ley 190 de 1995 (06 de junio), la cual en su artículo 19 incrementó la pena del peculado por apropiación, y con este cambio normativo se le impuso efectivamente al procesado la pena en primera instancia, luego no resulta contrario al *principio de legalidad* la aplicación de una ley hacia el futuro, la cual endurece la pena aplicable al procesado.

52. No sobra aclarar que el defensor interpreta erróneamente la no aplicación de la referida Ley 190 de 1995, pidiendo la *redosificación* de la pena, y en consecuencia era posible acceder la suspensión de la ejecución condicional de la pena. No obstante, visto que la solicitud del recurrente no es acogida se debe denegar la solicitud de acceder a dicho subrogado penal.

53. Debido a que ninguno de los aspectos apelados están llamados a prosperar, por las razones desarrolladas precedentemente, se confirmará la decisión de primera instancia en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia a

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

## **RESUELVE**

**1. CONFIRMAR** la sentencia condenatoria proferida el 25 de enero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, contra **JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES**.

Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno. Devuélvase al Tribunal de origen.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**  
**Secretaria**