



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada Ponente

SP3754-2022

Radicación n°. 61464

CUI 11001310401620130006101

Acta n°255

Bogotá, dos (2) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por el defensor del acusado MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de diciembre de 2021, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta ciudad, fechado el 18 de noviembre de 2019, condenando al mencionado procesado como autor del delito de *Peculado por apropiación agravado*.

H E C H O S

De acuerdo con los hechos declarados como probados en el fallo recurrido, MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, Director General del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia en liquidación, entre el 23 de diciembre de 1996 y el 2 de febrero de 1998, dispuso el pago de numerosas conciliaciones, sentencias y mandamientos de pago, a razón de acreencias laborales presuntamente irregulares, reconocidas a favor de cientos de pensionados de los Terminales Marítimos y Fluviales del país, con lo cual se expidieron cerca de novecientos nueve (909) resoluciones¹.

Desembolsos que, se estima, generaron un multimillonario desfalco a las arcas de la Nación en cuantía aproximada de ciento setenta y un mil ochocientos cincuenta y nueve millones doscientos trece mil ciento setenta y ocho pesos con noventa y ocho centavos (\$171.859.213.178.98).

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 19 de noviembre de 2004, se ordenó vincular mediante indagatoria a MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, dentro del radicado 2040. A esa actuación, se unificó por conexidad, con fundamento en el artículo 90, numeral 4, de la Ley 600 de 2000, las investigaciones adelantadas en los radicados 2039, 2040, 2044, 1308, 2016, 2017, 2199, 2148, 2151,

¹ La lista correspondiente puede ser consultada en la resolución de acusación (folios 81-153, c.o. 231 del sumario) o en la sentencia de primera instancia (folios 13-97, c.o. 14 de la causa).

2167, 2290, 36, 161, 2087, 471, 2088, 2070, 1042, 2072, 2093-114, 122, 376, 765, 1402, 2210, 2030, 2131, 2159, 2172, 2086, 2432 y 2039.

Cerrada la instrucción, la Fiscalía Primera Delegada Especializada en Delitos contra la Administración Pública calificó el mérito del sumario el 20 de diciembre de 2011 profiriéndose resolución de acusación en contra del procesado por el delito de *Peculado por apropiación, en la modalidad de continuado*, agravado, en cuantía de \$171.859.213.178.98, decisión que fue confirmada en segunda instancia mediante resolución del 7 de noviembre de 2012.

Le correspondió inicialmente al Juzgado Cincuenta y uno Penal del Circuito de Bogotá adelantar la etapa de juzgamiento, celebrando la audiencia preparatoria los días 31 de julio y 11 de septiembre de 2013. Posteriormente, la actuación fue asignada al homólogo Dieciséis Penal del Circuito, que entre los días 27 de enero de 2014 y 24 de junio de 2015, adelantó la audiencia pública.

El mismo despacho judicial, emitió sentencia condenatoria en contra del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ el 18 de septiembre de 2019, como autor del delito de *Peculado por apropiación* agravado (artículo 397, inciso segundo, del Código Penal), imponiendo en su contra la pena principal de ciento quince (115) meses de prisión y multa de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas por aquel lapso. Por daños y perjuicios materiales ordenó el pago en cuantía de \$158.529.489.129.01. No reconoció al acusado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En contra de la decisión, la defensa del procesado, la Unidad de Gestión Pensional y múltiples terceros incidentales, interpusieron el recurso de apelación, siendo modificada parcialmente, mediante fallo del 9 de diciembre de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de condenar al acusado por las resoluciones 2550 de 27/12/1996 (No. 27), 2729 de 30/12/1996 (No. 32), 615 de 15/05/1997 (No. 283), 625 de 15/05/1997 (No. 286), 828 de 10/06/1997 (No. 348), 1070 de 29/07/1997 (No. 394), 1090 de 29/07/1997 (No. 413), 1168 de 14/08/1997 (No. 445), 1319 de 15/09/1997 (No. 517), 1425 de 7/10/1997 (No. 556), 1449 de 9/10/1997 (No. 572), 1455 de 9/10/1997 (No. 578), 1639 de 7/11/1997 (No. 679), 1759 de 13/11/1997 (No. 724), 1813 de 25/11/1997 (No. 746) y 1914 de 18/12/1997 (No. 757); y absolverlo por las de números 1431 de 08/10/1997 (No. 559), 1793 de 25/11/1997 (No. 738) -corregida posteriormente en el sentido de la fecha: 25/11/1997- y 1909 de 18/12/1997 (No. 753).

Se estimó por el *ad quem* innecesario modificar la pena de prisión, en la medida en que la valoración que sobre el particular efectuó la primera instancia, conforme al inciso 2° del artículo 61 del Código Penal, contempló la totalidad de hechos objeto de acusación como uno solo, toda vez que la Fiscalía no imputó el concurso de delitos.

Igualmente, modificó la condena al pago de perjuicios estableciendo un valor de \$158.996.560.100,7.

Así mismo, se aclaró que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se inflige a perpetuidad en los términos del artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009.

Oportunamente el defensor del condenado interpuso el recurso extraordinario de casación, el mismo que fue sustentado en escrito que a continuación analiza la Corte en su debida fundamentación. Por su parte, la apoderada especial de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, como parte civil, desistió del recurso extraordinario que había interpuesto.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Tres cargos formula el defensor del procesado ZABALETA RODRÍGUEZ, que sustenta de la siguiente manera:

Primer cargo: Violación directa

Con fundamento en el artículo 207, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, el defensor acusa la sentencia de segundo

grado por violación directa de la ley sustancial, originada en aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal.

En su sustentación, argumenta el recurrente que en la entidad Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en Liquidación, existía un equipo de funcionarios subalternos, especializados, debidamente vigilados, que se encargaban de revisar las hojas de vida de los trabajadores, los pagos recibidos, los derechos consagrados en las convenciones colectivas y, con base en ello, elaboraban los proyectos de resolución en los que disponían el pago del derecho reclamado.

Así, según arguye, el director ZABALETA RODRÍGUEZ no podía revisar directamente las reclamaciones que le hacían, pues además de no ser un abogado, tenía múltiples ocupaciones y contaba con un grupo de apoyo encargado de esa labor. De hecho, aduce, en muchos de los casos el acusado se limitó a cumplir las decisiones de los jueces.

Enfatiza que su participación en las conductas atribuidas se limitó a firmar las resoluciones, tras el trámite que toda solicitud agotaba dentro de la entidad, existiendo un procedimiento preestablecido que debía surtirse paso a paso, en el que intervenían numerosos funcionarios que entregaban culminados los proyectos de pago para su firma.

Afirma que se pudieron establecer los pasos a seguir por el Fondo frente a las solicitudes laborales efectuadas por los extrabajadores: *«se recibían en la oficina de correspondencia donde*

se radicaban, para, después, pasar por la coordinación respectiva y, en ella, un abogado laboralista efectuaba el estudio jurídico sobre la viabilidad legal de la petición para, luego, pasar por un liquidador experto que debía hacer las pertinentes verificaciones y constataciones en la hoja de vida del extrabajador y efectuaba la liquidación y, a través de las secretarías, se elaboraban los proyectos de resolución que, junto con sus soportes, pasaban a revisión de la Oficina de Control Interno y al Sistema Nacional de Pagos». Ese sistema nacional de pagos, explica, era un software manejado por la única persona autorizada para acceder al mismo, empleando una clave que solo ese funcionario conocía.

Solo después de todo aquel trámite administrativo, prosigue, *«el proyecto de resolución llegaba a la Dirección para la firma del director, continuando su trámite en la Secretaría General para registrar la numeración y la fecha, después por el área financiera para lo de su competencia y los concepto jurídicos siempre se anexaban a la resolución. Similar procedimiento se realizaba para el pago de las sentencias y mandamientos de pago»* (sic). Esos procedimientos fueron corroborados con los testimonios de Adolfo Camelo, Benito Navarro, María Isabel Olarte y Mirna Astrid Cuéllar Ángel.

Se trataba, por lo tanto, sostiene, de un acto administrativo complejo en el que concurrían varias voluntades, donde no se encontraba como un deber funcional del acusado la de verificar personalmente si lo liquidado por los otros servidores se ajustaba a la ley. Existía, prosigue, una distribución de tareas previa a la firma del procesado, y aunque éste contaba con amplia experiencia por haber laborado en la entidad en cargos de asesor y secretario,

previos al de director, de ello no podía deducirse que tenía conocimiento jurídico sobre los temas laborales de la entidad pública, pues *«su permanencia en esta última entidad no lo convierte, por el solo transcurso del tiempo, en un experto legal en el tema jurídico, laboral y convencional, y no se puede pretender, vía deducción, que él poseyera ese conocimiento»*.

En consecuencia, afirma el demandante, en este caso operó el principio de confianza, pues ZABALETA RODRÍGUEZ estaba en posición de esperar que los funcionarios que tuvieron alguna injerencia en el trámite de las solicitudes pensionales actuaran con acato a la ley y con diligencia, en especial sobre aquellas materias jurídicas y contables de las que él no era conocedor.

Es más, advierte, tan cierto es que no era deber funcional del procesado la verificación de si lo liquidado se ajustaba a la ley, que de haberlo hecho habría invadido órbitas de voluntad y funcionales que no le correspondían. Es por eso que, según subraya, no se ha podido demostrar que *«algún Director de FONCOLPUERTOS o de otra entidad de similares características, se hubiese dedicado a lo que le reclaman al Dr. Zabaleta: verificar PERSONALMENTE si las liquidaciones de los petitionarios, matemática y jurídicamente, estuvieran correctas»*.

Fundamenta que María Piedad Mosquera Astorquiza, quien también fue directora de FONCOLPUERTOS fue absuelta de cargos similares por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, reclamando un trato semejante para el acusado en virtud del principio de igualdad en las

actuaciones judiciales. Lo propio en lo que respecta a María del Rosario Vargas, abogada del Fondo, absuelta en otro proceso por esta Sala de Casación Penal.

Además, advierte que en lo que concierne a sentencias judiciales en firme, mandamientos de pago o fallos de tutela, la única opción que tenía el acusado era dar cumplimiento a esas decisiones ejecutoriadas, sin que tuviera razones para presumir una falsedad de documentos, ni facultades, ni obligaciones funcionales para verificar su autenticidad, por lo que en caso de haberse cometido un delito fue inducido en error para proferir las resoluciones.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte reconocer al procesado que actuó bajo el principio de confianza y casar la sentencia.

Segundo cargo: Violación indirecta

Con sustento en el artículo 207, numeral 1, causal primera, de la Ley 600 de 2000, plantea la presencia de una violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, proveniente de un error de derecho consistente en falso juicio de legalidad, al haberse conferido el valor de prueba a un informe que carecía de tal condición.

Se refiere el recurrente a los informes emitidos por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social, los cuales, según fundamenta, debieron

ser corroborados en sus contenidos por otros medios de convicción, practicados por la autoridad judicial, en tanto *«los documentos aportados por la entidad mencionadas (sic) son meramente informativos, conceptuales e hipotéticos, es decir, corresponden simplemente a denuncias sucesivas incorporadas al proceso, con la sola capacidad y virtualidad de activar el poder judicial, mas no demostrativos para el proceso penal»*.

Sostiene que la sentencia de primera instancia se fundamentó exclusivamente en lo informado por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social, teniéndose como fundamentos fácticos y jurídicos su contenido.

Demanda, en consecuencia, casar la sentencia recurrida.

Tercer cargo: Nulidad

Con base en el artículo 207, numeral 3, causal tercera, de la Ley 600 de 2000, censura la sentencia de segundo grado por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, debido a la vulneración de la garantía del debido proceso al haberse desconocido el principio de investigación integral.

Sustenta que en el proceso obran dos informes contables contradictorios en relación con el hecho de si las resoluciones firmadas por el procesado y que disponían el pago de acreencias laborales, estaban o no ajustadas a la ley.

Se trata, según explica, de los informes del Grupo Interno de Trabajo -GIT- del Ministerio de Protección Social y de la Contraloría General de la República, ambas entidades del Estado, que obligaban al fiscal instructor a decretar un dictamen pericial para aclarar la discrepancia, lo que habría favorecido al procesado.

Para ese efecto, relaciona los archivos proferidos por la Contraloría General de la República en favor del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ y los informes de las auditorías de esa entidad de control practicadas a la Empresa Puertos de Colombia en liquidación al GIT, lo que pone en evidencia las irregularidades presentadas en la fase de liquidación de dicha entidad pública y que fueron las razones por las que muchos trabajadores presentaron demandas laborales, cuyos resultados onerosos tuvieron que ser asumidos por el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia.

Esos informes de la Contraloría General de la República, aduce, lejos de comprometer la responsabilidad del acusado, evidencian el mal manejo del GIT en los temas jurídicos y contables que fueron materia de investigación y juzgamiento en este proceso, develando que no cumplía con los principios de eficiencia, eficacia y economía. Subraya que, según los hallazgos de la Contraloría, el GIT nunca realizó un estudio técnico-jurídico de los factores salariales y convencionales para el reconocimiento de las pensiones de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, así como tampoco sobre el archivo de hojas de vida y el posible detrimento patrimonial para el Estado por su mal manejo.

Por ello, concluye, era pertinente que se decretara de oficio por el fiscal del caso un dictamen pericial para corroborar los informes y hallazgos fiscales de la Contraloría, con lo que habrían resultado desvirtuados los informes del GIT.

Solicita, por lo tanto, que se decrete la nulidad a partir del cierre de la investigación para que la fiscalía proceda a ordenar la práctica de la referida prueba pericial.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En criterio del Procurador Primero, Delegado para la Casación Penal, la sentencia impugnada no debe ser casada.

En relación con el primer cargo de la demanda, aduce que si lo pretendido por el demandante es discutir la declaración judicial de condena bajo la idea de que el fallador en su análisis probatorio desconoció que el procesado actuó amparado en el principio de confianza, debió acudir a la vía de la violación indirecta promoviendo la censura por un «*error de hecho por falso juicio de valoración*», por lo que el cargo postulado no debe prosperar.

Sostiene, además, que, desde un punto de vista sustancial, el demandante debió señalar la postulación de un error de hecho: «*(i) no irrogándose la declaratoria de responsabilidad penal emitida en contra del señor MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, como director del Fondo de Pasivo Social de Puertos de*

Colombia y por el punible de PECULADO POR APROPIACIÓN, de los supuestos fácticos y probatorios a los cuales alude la demanda; (ii) ni ostentando el elemento demostrativo contenido en los medios suasorios argüidos en el libelo como ausentes de valoración por el fallador -que si fueron objeto de justiprecio-, la capacidad para desnaturalizar las precisas conclusiones en virtud de las cuales se estructuró la declaración de responsabilidad penal. Necesario e ineluctable resulta colegir que, desde el punto de vista sustancial, el cargo postulado no se encuentra llamado a prosperar» (SIC).

Frente al segundo cargo, plantea que si el demandante pretendía que los informes del GIT corresponden a datos jurídicos y contables existentes en los libros de la entidad, no se trata de especulaciones o estimativos inocuos. Los datos contenidos en los informes, expresa, no son objeto de controversia en la demanda con fundamento en los demás medios de prueba y no debían ser objeto de corroboración por ser simplemente *«informativos e hipotéticos»*, debió partir de la demostración especulativa atribuida a ese elemento demostrativo en la sentencia recurrida.

Así las cosas, concluye, el demandante pretende erigir una inexistente tarifa legal, proscrita en la legislación procesal, razón por la cual el cargo debe ser desestimado.

Finalmente, en torno al tercer cargo, sostiene que el demandante debió atender los principios del artículo 310 de la Ley 600 de 2000, relativo a los principios de la nulidad. De esa manera, no cumplió con la obligación de señalar cuáles son los defectos que permitirían concluir que el informe del GIT incurre en contradicciones.

Por ello, afirma, no existe un mínimo sustento para la demostración de la alegada irregularidad y su trascendencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 213 de la Ley 600 de 2000, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 206 ibídem.

Con ese fin, y atendiendo al principio de limitación que rige este estadio procesal extraordinario (artículo 216 de la Ley 600 de 2000), según el cual el contenido de la demanda determina el derrotero al que debe ceñirse la Corte en su análisis, se abordarán y resolverán los problemas jurídicos en el mismo orden en que se presentaron los cargos en la demanda de casación, teniendo en cuenta para ello lo resuelto sobre cada uno de aquellos aspectos en el fallo emitido por el Tribunal Superior de Bogotá.

Los temas sobre los cuales discurren las censuras presentadas por el demandante y en cuyo orden se tratarán en esta decisión, son los siguientes: (i) El principio de confianza, existente en el contexto de cooperación con división de tareas

en equipo de trabajo administrativo al que pertenecía el acusado ZABALETA RODRÍGUEZ, como excluyente de la tipicidad penal; (ii) Los informes emitidos por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social, y su idoneidad para servir como prueba de responsabilidad dentro del proceso penal; y, (iii) La nulidad por afectación del principio de investigación integral.

Previo a ello, se abordará lo decidido en la sentencia de segunda instancia.

1. La sentencia recurrida:

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia -con algunas modificación-, ratificando la responsabilidad penal de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ como autor del delito de *Peculado por apropiación* agravado, que se materializó cuando, como servidor público, dispuso en provecho de terceros de bienes del Estado.

A juzgar por el Tribunal, se demostró que las múltiples conductas atribuidas al acusado ZABALETA RODRÍGUEZ se materializaron en su autorización para el pago de numerosas actas de conciliación, sentencias laborales y mandamientos de pago, a través de la expedición de aproximadamente 909 resoluciones referidas a los siguientes conceptos liquidados de manera irregular: *prima sobre prima*, por la manera en que se calculaba la prima de servicios de los trabajadores; *uniformes y calzado*, que se integraron al cómputo de

cesantías y pensiones; *reajuste por Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988*, con lo que se incrementaron de manera indebida las prestaciones definitivas de los demandantes, junto con indexaciones, salarios moratorios e intereses de mora; *mesadas indexadas, sanción e intereses moratorios*, sin concreción ni justificación alguna en la reliquidación por actualización de las prebendas laborales de los solicitantes; *reconocimiento de pensión convencional a empleados públicos*, desconociéndose que las condiciones de jubilación de los trabajadores, por tratarse de empleados públicos, eran de estricta competencia del legislador; *reclasificaciones sin sustento convencional*; *ilegal reliquidación de prima de antigüedad y proporcional de antigüedad*, lo que alteró los demás factores prestacionales; topes convencionales y derecho de igualdad, haciéndose interpretaciones sobre el extremo jubilatorio, fuera del alcance convencional y legal, lesivas de los recursos estatales; *autorización de pagos por reclamación de diversos conceptos en actas de conciliación*, no obstante sus irregularidades al corresponder a reajustes, entre otros, a salarios en especie, descansos compensatorios, Leyes 4ª de 1076 y 71 de 1988 y amortizaciones; cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta, que aunque no fue motivo de atribución de responsabilidad penal, facilitó el objetivo ilícito de quienes propendían por el apoderamiento del erario.

Con lo anterior, concluyó el Tribunal, se demostraron las irregularidades que contenían las actas de conciliación bajo la administración del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ, así como de los actos administrativos que suscribió, y que

«consistieron en que, a través de ellos, se concedieron en favor de los exportuarios millonarias sumas de dinero por prebendas inexistentes, otras, a las que no tenían derecho por haber sido reconocidas anteriormente o porque la base sobre la que se liquidaron no constituía factor salarial; se efectuaron dobles pagos y se impusieron sanciones pecuniarias improcedentes, lo que ocasionó un grave detrimento a las arcas del Estado».

Por ese motivo, se sostuvo en el fallo recurrido, se estructuró el tipo objetivo de *Peculado por apropiación agravado*, descrito en el artículo 397, inciso 2°, del Código Penal (artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, vigente para la época de los hechos), realizado por el procesado cuando dispuso en provecho de terceros de bienes del Estado que se encontraban bajo su administración, tenencia y custodia con ocasión de sus funciones.

Así mismo, se consideró que la Fiscalía no logró demostrar desde el punto de vista objetivo, la sustracción ilícita de dineros a partir de las reclamaciones, objeto de impugnación por parte de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales y diversos intervinientes: *indexación de primera mesada*, como prerrogativa procedente para todas las pensiones, sin que constituya una ilegalidad; *concesión de pensiones proporcionales sin el cumplimiento de requisitos convencionales*, aspecto sobre el que el *ad quem* encontró dudas, contrario a lo definido por el juez de primera instancia.

En relación con el tipo subjetivo y la responsabilidad del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ, sustentó el Tribunal que el desfaldo sufrido por el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS- le era atribuible porque a él, como Director General, le estaba asignada la función de examinar el contenido de los documentos que le eran puestos a su consideración, tras la elaboración de las resoluciones dentro del trámite interno estructurado en la entidad a través de las coordinaciones de prestaciones económicas y jurídica, sin que se pudiera sustraer a esa obligación alegando su inexperiencia en el derecho laboral o la aplicación del principio de confianza.

Se sostiene, además, en el fallo recurrido, que el acusado conocía, como hecho notorio que era para aquella época, la situación de desgüeño financiero y la corrupción en que se encontraba sumida la entidad pública, ignorándola de manera deliberada, más aún cuando ante de ocupar la posición de director general había sido contratista y ocupado el cargo secretario general.

Por lo tanto, se concluye, al ser la cabeza de la entidad, *«le era plenamente exigible la verificación de los trámites seguidos para disponer, por vía de las resoluciones, del patrimonio de Foncolpuertos y la comprobación de que éstos se hubieran realizado en el marco legal y convencional»*, soslayando los deberes derivados de su posición. Además, se subrayó, *«ZABALETA RODRÍGUEZ conocía del alcance de sus decisiones en calidad de gerente, y se sirvió de ello para favorecer intereses personales, por demás ilícitos, de los asiduos reclamantes de Foncolpuertos»*.

2. El principio de confianza:

Como se ha planteado, el primer cargo presentado por el demandante está referido al *principio de confianza*, como circunstancia de atipicidad de la conducta atribuida al acusado ZABALETA RODRÍGUEZ.

El razonamiento desarrollado por el recurrente hace alusión a que el acusado ZABALETA RODRÍGUEZ, no obstante que firmó las resoluciones a través de las cuales se produjeron los numerosos pagos ilegales a los trabajadores a través del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia - asunto que no lo discute en esta censura-, no podía revisar la legalidad de las reclamaciones porque no tenía el conocimiento jurídico para hacerlo, era voluminoso el promedio de liquidaciones y resoluciones que debía atender diariamente y, sobre todo, detrás suyo existía un equipo especializado en los aspectos jurídico y financiero encargado de su elaboración, encontrándose en la posición de confiar en sus actuaciones de modo tal que asumía legítimamente la corrección de los actos administrativos que debía refrendar con su firma para ordenar los pagos reclamados.

En suma, argumenta que el acusado carecía del deber funcional de *«verificar si lo liquidado por otra “voluntad”, en cada caso, se ajustaba a la ley, porque dicha función era previa a su firma y ya estaba asignada a un funcionario que contaba con la experiencia y la calificación profesional necesarias dentro del trámite»* del acto

administrativo complejo, en el que concurrían distintas voluntades para su perfección.

Sobre el principio de confianza, ha precisado esta Sala que es un instrumento normativo integrado a la teoría de la imputación objetiva y que opera dogmáticamente como un límite normativo de la norma de conducta, según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras -de quienes se espera una actuación fundada en el principio de autorresponsabilidad o autodeterminación frente al cumplimiento de las normas- no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que hayan tenido motivos suficientes para dudar o suponer lo contrario².

Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta adecuadamente no tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro³, pues por su propia definición *«no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario»*⁴.

Aunque el principio de confianza ha desempeñado un papel esencial en el ámbito de la imprudencia como criterio de determinación del deber de cuidado (especialmente cuando se trata de acciones que forman parte de una actividad compartida o

² CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 24031.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmática*, en: Derecho Penal y Criminología, Vol. 21, N° 69, Madrid, 2000, p. 46.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 532 y s.

que implica una distribución de trabajo, como pueden ser acciones propias del tráfico automotor o de la intervención quirúrgica⁵), lo cierto es que como criterio normativo en otros ámbitos de la teoría jurídica del delito se extendió a las conductas dolosas en virtud del proceso de normativización de la tipicidad⁶.

Ahora bien, esta Corporación ha relevado que el principio de confianza está sujeto a limitaciones.

En primer lugar, no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás⁷.

En segundo lugar, no es posible acogerse al principio de confianza cuando, dentro de sus propios deberes de observación, de acuerdo a las circunstancias objetivas que lo rodean, pueda el individuo inferir que los otros no se comportan conforme a lo esperado: *«cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no le es posible confiar –existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello– ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación»*⁸.

⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1004 y s.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 532.

⁶ Cfr. En este sentido, CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

⁷ Entre otras, CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 75. En ese sentido, SP CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

Así, tratándose de delitos dolosos en régimen de actividades compartidas o en equipo de trabajo, le serán atribuibles objetivamente las acciones activas o pasivas a aquel que teniendo el deber de evitar el resultado o de vigilar la conducta de quienes colaboran en la ejecución de las labores a él encomendadas, permita que, ya sea mediante contribuciones esenciales o secundarias para la producción del resultado, vulneren el bien jurídico llamado a proteger⁹.

Al respecto, debe acotarse que en supuestos de reparto de funciones propio de una empresa es preciso distinguir entre sujetos que trabajan al mismo nivel o en un nivel equivalente (relación de igualdad) y aquellos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada donde uno recibe instrucciones de otra persona que se encuentra en un nivel superior y es controlada por ésta (relación de supra y subordinación). En el primer caso la doctrina se refiere a una división horizontal y en el segundo a una división vertical de funciones o del trabajo¹⁰.

La división horizontal del trabajo, facilita que cada individuo, en un plano de igualdad, se pueda ocupar de su ámbito especializado, sin controlar que las otras personas se comporten correctamente, aspecto que puede asumir en razón del principio de confianza. Por su parte, en los supuestos de división vertical del trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el

⁹ CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 54.

superior jerárquico puesto que hacen parte de su competencia funciones de vigilancia y control derivadas de la cadena de delegación de tareas, que le imponen el deber directo e inmediato de evitar un hecho típico¹¹.

Trasladando los referidos contenido y límites del principio de confianza a las actividades desarrolladas en estructuras propias de la administración pública, la Corte ha precisado que *«si un servidor público tiene el deber de administrar, vigilar o custodiar determinado bien (y, por lo tanto, de evitar la apropiación indebida por parte de terceros), no es posible predicar la aplicación del principio de confianza para excluir la realización del tipo objetivo de peculado por apropiación, ni siquiera en aquellos eventos en los que, en efecto, haya mediado la intervención dolosa de otras personas para la consecución del resultado»*¹².

En el asunto que concentra la atención de la Sala, es preciso recordar que la sociedad Empresa Puertos de Colombia se liquidó por disposición de la Ley 1ª de 1991- artículo 33-, en cuyo desarrollo el Gobierno Nacional expidió los Decretos Reglamentarios 35, 36, y 37 de 1992, a través de los cuales se constituyó el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, en liquidación, como Establecimiento Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, órgano que tendría como objeto, entre otros, *«Manejar y organizar el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y pensionados de la Empresa Puertos de*

¹¹ Ibídem, p. 55.

¹² CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

Colombia, en liquidación» (artículo 2, literal b) del Decreto 36 de 1992).

De manera precisa, el mismo Decreto Reglamentario fijó las funciones del Fondo:

- a) Pagar las pensiones reconocidas por la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, a los exempleados oficiales de la misma;*
- b) Atender las demás prestaciones económicas y asistenciales de las personas a que se refiere el literal anterior;*
- c) Efectuar el reconocimiento y pago de las pensiones de cualquier naturaleza de los empleados oficiales a los cuales se les haya reconocido o reconozca ese derecho en la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación;*
- d) Atender el pago de las prestaciones sociales de los empleados oficiales a los cuales se les haya reconocido o reconozca ese derecho en la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación;*
- e) Cancelar al organismo de previsión social o a la entidad o empresa empleadora que haya hecho el pago de pensiones a empleados oficiales que hayan laborado en la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, la cuota parte que le corresponda por el tiempo servido en esta entidad y, repetir contra terceros las cuotas partes pensionales a favor de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, o del Fondo mismo;*
- f) Efectuar el pago de las bonificaciones e indemnizaciones que se restablezcan en ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos 36 y 37 de la Ley 1a de 1991;*
- g) Efectuar el pago de las sumas reconocidas por sentencias condenatorias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación;*
- h) Expedir reglamentos generales para la atención de las prestaciones y demás obligaciones a su cargo de conformidad con los lineamientos que para tal fin dicte el Gobierno;*

- i) Realizar inversiones que garanticen seguridad, rentabilidad y liquidez a su patrimonio con el fin de que pueda cumplir oportunamente sus obligaciones;*
- j) Ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección, de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación y del Fondo;*
- k) Administrar sus bienes, para lo cual podrá entre otras funciones adquirir, enajenar, arrendar y gravar tanto los muebles como los inmuebles;*
- l) Recaudar los recursos previstos en los artículos 35 y 37 de la Ley 1a de 1991;*
- m) Cancelar el saldo de la deuda interna y externa que arroje la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia;*
- n) Efectuar los actos y operaciones para que los activos de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, que no se vendan o que no se aporten a una Sociedad Portuaria pasen a ser de su propiedad, según lo disponen los artículos 33 y 37 de la Ley 1a de 1991;*
- o) Convenir a nombre de la Nación con entidades de previsión o seguridad social la conmutación de las obligaciones asumidas en razón de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia;*
- p) Las demás que se deriven de la ley o de sus estatutos.*

De igual manera, mediante Decreto 2327 de 20 de diciembre de 1996 (fl. 224, C. 6 del sumario), el acusado MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ fue designado como director de esa entidad, cargo del que tomó posesión el día 23 siguiente y que ejerció hasta el 2 de febrero de 1998.

De conformidad con el Acuerdo 001 de 1993, la administración de la entidad estaría a cargo de la Junta

Directiva y del Gerente General. Este último asumía, entre otras funciones:

J. Proveer el recaudo de ingresos, ordenar los gastos, velar por la correcta inversión del patrimonio de Foncolpuertos y el debido mantenimiento y utilización de sus bienes, conforme a la ley.

K. Delegar en sus subalternos algunas de sus funciones, previa autorización de la Junta Directiva.

L. Rendir al Ministro de Obras Públicas y Transporte y por su conducto al Presidente de la República, informes sobre el estado de ejecución de los planes y programas que deba desarrollar Foncolpuertos, así como la situación general de la entidad y las medidas adoptadas

M. Ejercer o impugnar las acciones judiciales o administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de Colpuertos y de Foncolpuertos. Para tales efectos, participará en el proceso de enajenación y transferencia de bienes que haga Colpuertos durante su liquidación.

R. Conformar grupos internos de trabajo, mediante acto administrativo, teniendo en cuenta la estructura orgánica, las necesidades del servicio y los planes y programas trazados por la entidad, bajo la coordinación y supervisión del funcionario que el Gerente General designe. (fls. 298-299, C. 14 del sumario).

A simple vista, las funciones asignadas al gerente general implicaban su compromiso con la protección del patrimonio económico de la entidad pública, debiendo desplegar para tal efecto las acciones que garantizaran su supervivencia financiera. Para ese propósito tenía amplias facultades, entre ellas la delegación de funciones y la conformación de grupos internos de trabajo, sin que ello en modo alguno implicara inatención por sus obligaciones de coordinación y supervisión.

En ese sentido, se demostró que en virtud de la estructura orgánica de la entidad se tejió una compleja organización conformada por diversos grupos de trabajo encargados de dar el trámite a las diversas solicitudes de reconocimiento y pago de pensiones, pago de prestaciones sociales, pago de emolumentos reconocidos por sentencias condenatorias, bonificaciones e indemnizaciones a los exempleados oficiales de la Empresa Puertos de Colombia.

Ese entramado organizacional, dispuesto bajo principios de división vertical del trabajo, se desplegaba funcionalmente para el estudio de las reclamaciones económicas realizadas por los extrabajadores de la Empresa, hasta culminar con el reconocimiento y pago de las obligaciones debidas, lo que se surtía con la resolución administrativa firmada por el Gerente de la entidad.

El acusado MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, explicó de esta manera el trámite que se adelantaba desde la reclamación hasta la expedición de la resolución de pago:

Las solicitudes o reclamaciones eran radicadas en la Coordinación de Correspondencia, dependencia esta que de acuerdo al carácter de la petición le daba traslado a la Coordinación Jurídica; en estas coordinaciones existía un grupo de trabajo compuesto por abogados, liquidadores, secretarías, y el coordinador respectivo quien asignaba la solicitud a un abogado para su estudio de viabilidad legal, una vez surtido éste trámite se asignaba un liquidador para los asuntos correspondientes de liquidación existía un sistema nacional de pagos a donde se pasaba la

reclamación para verificar si se había pagado o no, luego de estos trámites y controles se procedía a elaborar un proyecto de resolución al cual se le anexaban todos sus soportes y se hacía llegar a la dirección general para la firma del director general; no sin antes haber surtido su control por la Coordinación de Control Interno. Fls. 293, C.O. 6 del sumario.

Enfatizó el procesado que en la preparación, estudio y elaboración del proyecto de acto administrativo o resolución de pago no tenía ninguna participación, toda vez que para ello se surtía un proceso en el que intervenían varios funcionarios de la entidad, distribuidos en los grupos de trabajo constituidos para ese efecto. Así, según narró, la parte técnica, relacionada con las valoraciones jurídicas, se encontraban a cargo de la coordinación de prestaciones económicas, siendo de competencia del liquidador la determinación de las fechas de las reclamaciones y la prescripción de las diferencias de mesadas a fin de determinar a partir de qué fecha se hacía el reconocimiento. En otras ocasiones, sostuvo, se requerían los conceptos de la coordinación jurídica, donde se desarrollaban las revisiones y controles sobre la legalidad de las prestaciones (Fls. 224, C.O. 48 del sumario).

De esa manera, sostuvo ZABALETA RODRÍGUEZ que, dentro del andamiaje administrativo de la entidad, existían competencias claramente delimitadas que recaían en las coordinaciones de prestaciones económicas y jurídica, las que se encargaban de dar los trámites financieros y de legalidad sobre las solicitudes prestacionales de los

extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, de tal manera que cuando llegaba a sus manos las resoluciones previamente elaboradas en aquellas instancias, podía confiar en su corrección.

En todo momento el procesado adujo que no era abogado y no tenía conocimientos jurídicos especiales en derecho laboral, por lo que en la organización vertical de la empresa que gerenciaba no se encontraba entre sus deberes funcionales la de verificar si se ajustaban a la ley las liquidaciones contenidas en los proyectos de resolución que finalmente eran convertidos en actos administrativos con su firma. Ese deber funcional, subrayó, estaba asignado a los funcionarios que contaban con la experiencia y la calificación profesional necesarias dentro del trámite complejo.

La Sala no desconoce que la organización empresarial de la entidad pública en cuestión, para su adecuado funcionamiento, precisaba de un entramado funcional que permitía un proceso acumulativo de competencias por especialidades, donde cada grupo de trabajo realizaba una actividad reglada bajo el presupuesto de poder confiar en la legalidad de la actividad previa a su intervención.

Esta Corporación, tratándose del mismo tema de FONCOLPUERTOS, así lo indicó:

[n]o es posible señalar que, entonces, el contador encargado de realizar la liquidación tiene la obligación de revisar el concepto jurídico previo del abogado, así no conozca de la materia, ni mucho

menos, que deba responder por lo que después definió la oficina de presupuesto.

Es que, si de verdad se atendiera a la tesis que subyace en la afirmación del fallador de segundo grado, todos y cada uno de quienes intervinieron en el proceso complejo que terminó con el pago de la conciliación habrían de ser vinculados y responsabilizados del peculado investigado, no importa en cuál de los eslabones de la cadena de actividades se encuentre la ilegalidad.

Cuando más, lo que compete a cada uno de quienes intervienen en el proceso acumulativo, es verificar que el paso previo se haya cumplido, pero no examinar materialmente el contenido de lo realizado o conceptuado, como quiera que, se repite, obedece a competencias y conocimientos que no necesariamente son de su resorte o especialidad.¹³

Sin embargo, cuando se trata del director de la organización pública, recaen sobre él funciones indelegables de verificación y control, sin que pueda sustraerse a la responsabilidad inherente a su cargo aduciendo incompetencia, desconocimiento jurídico o principio de confianza:

Esto para significar que, desde luego, la Corte reconoce un tipo de responsabilidad indelegable en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control.¹⁴

¹³ CSJ SP-16915, 18 oct. 2017, rad. 48321.

¹⁴ *Ibíd.*

La tesis presentada por el recurrente, que además condensa la defensa enarbolada por el acusado a lo largo de la actuación, se contrae a sostener que en favor de ZABALETA RODRÍGUEZ operaba el denominado *principio de confianza* porque, encontrándose en la cúspide de una estructura empresarial compleja, debía confiar en que las actividades delegadas funcionalmente en los funcionarios de nivel operativo y profesional eran ejecutadas con idoneidad y honestidad, de tal manera que podría presumir la corrección de los proyectos de resolución dejados a su consideración, cuya verificación le era imposible, no solamente por el cúmulo de trabajo que tenía asignado sino, sobre todo, porque carecía la competencia y de los saberes jurídicos que la materia demandaba.

Retomando la base teórica planteada en precedencia, ya se ha dicho que el concepto de principio de confianza, surgido en el marco de la teoría de la imputación objetiva, ha sido empleado con mayor relevancia en la concreción de la tipicidad objetiva en los delitos imprudentes, pero que se ha trasladado como criterio interpretativo en materia de imputación a los delitos dolosos en cuanto el individuo solo responde por las conductas que se encuentran dentro de su propio ámbito de competencia.

No obstante, según también se ha precisado, se excluye la aplicación del principio de confianza cuando: (i) la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de

los demás; (ii) la persona, de manera objetiva, conozca o deba conocer una situación en la que ya no le es posible confiar, caso en el cual es posible imputar el hecho típico a esa persona en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación.

Es por ello que, en los supuestos de división vertical del trabajo, como el caso bajo estudio, el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el superior jerárquico que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad.

En suma, tratándose de empresas articuladas en una división vertical del trabajo, los deberes dependen de manera decisiva de la posición que se ocupe en la organización empresarial y de los deberes de garantía, en virtud de sus funciones de control y vigilancia, que se derivan de dicha posición; también, de los conocimientos especiales con que cuenta el sujeto que, en lugar de depositar la confianza en los operadores técnicos de la empresa, le indican guiarse por un sentido de «desconfianza».

Pues bien, puede advertirse que en la figura del Gerente General del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia - FONCOLPUERTOS-, cargo que ocupaba el procesado ZABALETA RODRÍGUEZ, recaían expresas funciones de control y vigilancia definidas por las normas reglamentarias de la entidad. Así, según el artículo 32 del Acuerdo 001 de 1993, el gerente tenía asignada la función de control interno de la entidad, debiendo velar por sus finanzas y resultados.

Así mismo, cabe destacar que, conforme al artículo 2° del Acuerdo 002 de 1993, «Además de las funciones señaladas en los estatutos y reglamentos del Fondo y demás normas legales vigentes, la Gerencia General cumplirá la función de coordinación de los asuntos jurídico-legales» (Fls. 154, C.O. 15 del sumario).

Se significa con lo anterior que esa posición de dirección de la estructura organizativa le imponía al acusado obligaciones relativas a la salvaguarda de los intereses económicos de la entidad pública y le confiaba, de manera específica, la coordinación jurídica. Bajo tales condiciones se diluye la posibilidad de ampararse en el llamado principio de confianza, achacándole de manera exclusiva la responsabilidad por los ilegales pagos, resultantes de las reclamaciones de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, a los funcionarios que hacían parte de la organización en los niveles de prestaciones económicas y jurídica, subordinados a él.

Mal podría aducir en su favor que carecía de la formación de abogado, pues aunque ello resultara cierto, debía poseer los conocimientos jurídicos suficientes para desempeñar el cargo en tanto, reglamentariamente, era el coordinador de los asuntos jurídico-legales de la entidad.

Tampoco puede ser de recibo aquello de las múltiples tareas que desempeñaba en razón de las funciones que tenía asignadas, cuando la de reconocer y pagar pensiones y demás prestaciones económicas de la entidad en liquidación constituía, por mandato legal y estatutario, una de la más

importantes -quizá la más- en el desempeño del cargo para el que fue nombrado.

En todo caso, valga reiterarlo, la existencia bajo su mando y coordinación de un equipo de funcionarios especializados en materias jurídicas y financieras -encargado de revisar las hojas de vida de los trabajadores, los pagos recibidos, los derechos consagrados en las convenciones colectivas y, con base en ello, elaborar los proyectos de resolución en los que disponían el pago de los derechos reclamados-, no lo libraba de sus responsabilidades de garantía sobre las actividades que ellos desempeñaban.

Por lo anterior, resulta infundada la aserción planteada por el recurrente en el sentido de que no era deber funcional del procesado la verificación de si lo liquidado se ajustaba a la ley y que, de haberlo hecho, habría invadido órbitas funcionales que no le correspondían. Todo lo contrario, de manera explícita, en virtud de la estructura vertical de la organización, pertenecía al campo de sus competencias funcionales verificar la legalidad de las liquidaciones que adquirirían vida jurídica con su firma y era su deber el control de la actividad desarrollada por su equipo de trabajo.

Ahora bien, el contexto de corrupción en que se desarrollaban las actividades propias del Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, era cuestión que no podía escapar al conocimiento de su director. Para el momento en que fue nombrado director (cargo ocupado entre el 23 de diciembre de 1996 y el 2 de

febrero de 1998), el acusado ya había desempeñado otros cargos en aquella entidad. Había sido Secretario General (entre el 14 de febrero de 1995 y el 22 de diciembre de 1996), y antes de ello había sido contratista (del 25 de mayo de 1993 al 31 de diciembre de 1994).

Para cuando ZABALETA RODRÍGUEZ tuvo su primera vinculación con la empresa estatal, como lo puso de presente el juez *ad quem*, ya se conocía el desarreglo administrativo y financiero que motivó la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia (sobre ello, Corte Constitucional, sentencia C-013 de 1993).

Lo mismo, el proceso liquidatorio a través de FONCOLPUERTOS estuvo trazado por múltiples conductas de corrupción de las que participaban extrabajadores, abogados, jueces, contratista, inspectores de trabajo y funcionarios de la entidad. Ello sucedía de cara a la opinión pública y a sabiendas de los órganos de control internos y externos a la entidad, por lo que el Tribunal calificó ese estado de cosas, con razón, como un hecho notorio al que no podía ser indiferente el procesado.

La Contraloría General de la República, en tiempos en que el acusado ejercía el cargo de Gerente General, advertía de las irregularidades en materia prestacional de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación y la creada FONCOLPUERTOS (informes de auditoría de 24 de febrero de 1993; 30 de septiembre de 1993 y marzo de 1994; 1999; 2005). Se ponía de presente el desfaldo en la entidad pública

por conceptos ilegales reconocidos por administraciones que le precedieron y por aquella cuando era dirigida por el acusado. Informes similares provenían de la Procuraduría General de la Nación, órgano de control que declaró responsabilidades administrativas por eventos acaecidos entre 1996 y 1998.

De esa manera se pone en evidencia que cuando el procesado ZABALETA RODRÍGUEZ suscribió las múltiples resoluciones que disponían los millonarios pagos prestacionales, estaba al tanto de la latente ilegalidad que por la fraguada corrupción se tejía al interior de la institución, lo que tenía directa relación con los trámites adelantados por los funcionarios bajo su subordinación. Por lo tanto, resulta indiscutible que, de manera objetiva, contaba con elementos suficientes para no confiar en la licitud de los procesos administrativos previos en los que se fundamentaban los proyectos de resolución que disponían el pago de los derechos reclamados.

En consecuencia, no desconoce esta Sala que por la manera en que se encontraba estructurado el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-, existía un engranaje de actividades en cascada que desarrollaban el equipo de trabajo dispuesto para la atención de las solicitudes de pensiones y prestaciones económicas de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia. Así, ante una solicitud presentada, un funcionario se encargaba de la revisión de la hoja de vida y los documentos correspondientes, otro realizaba la certificación del control de

pagos, otro realizaba la revisión matemática de la liquidación, para finalmente trasladarse el proyecto de resolución al director de la entidad para su firma.

Sin embargo, en virtud de las competencias funcionales de control y vigilancia que le estaban atribuidas al acusado ZABALETA RODRÍGUEZ y de las condiciones objetivas que impedían mantener la confianza en el desarrollo legal de los trámites dispuestos para las liquidaciones prestacionales, no le era posible desentenderse de esa realidad jurídica y fáctica y ampararse en el principio de confianza, recayendo sobre él auténticos deberes de garantía.

Por último, el recurrente apela al principio de igualdad para reclamar el mismo trato en la decisión judicial que fue dispensado a María Piedad Mosquera Astorquiza, también exdirectora de FONCOLPUERTOS, absuelta por el Tribunal Superior de Bogotá, y a María del Rosario Vargas, abogada del Fondo, absuelta por esta Sala de Casación Penal.

Al respecto basta con acotar que, según tiene dicho la Corte, la pretensión de imponer valoraciones probatorias realizadas en otros procesos sobre los mismos hechos, violenta la independencia de los administradores de justicia, por cuanto en virtud del principio de autonomía judicial el juez debe resolver con libertad el caso sometido a su consideración, valorando la prueba sin otra sujeción que el

ejercicio de la libre apreciación razonada que impera en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano¹⁵.

Las circunstancias de los acontecimientos valorados en aquellos procesos citados por el recurrente no solamente pueden ser distintos a los asumidos en el presente caso, sino que el juicio de valoración racional llevado a cabo por el juez en cada evento solo se encuentra sujeto a la apreciación en conjunto de la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, emprendida para cada evento en particular, sin apego a la valoración realizada por otro juez de conocimiento.

Ello ocurre con mayor razón en el que caso objeto de estudio, en tanto el censor cita, en reclamo del mismo trato judicial, una decisión absolutoria emitida por un tribunal, sin que hubiese sido refrendada por la Corte; y otra que, proferida por esta Corporación, en la que se absolvió a una abogada del Fondo, se sostuvo, sin embargo, frente al director de la entidad que es *«responsabilidad indelegable en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control»*¹⁶.

Por las anteriores consideraciones, no prospera el cargo formulado por violación directa de la ley sustancial, fundado en el principio de confianza.

¹⁵ CSJ SP-709-2019, 6 mar. 2019, rad. 49430.

¹⁶ CSJ SP-16915-2019, 18 oct. 2017, rad. 48321.

3. Los informes emitidos por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social, y su idoneidad para servir como prueba de responsabilidad dentro del proceso penal.

El demandante denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, proveniente de un error de derecho consistente en falso juicio de legalidad, al haberse conferido el valor de prueba, careciendo de tal condición, a los informes emitidos por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social.

Se plantea en la demanda como objeto de controversia que aquellos informes incorporados a la actuación, en los cuales se fundamentó la sentencia de primera instancia, debieron ser excluidos por provenir de parte interesada en el proceso, razón por la cual, según fundamenta, solo podían tener la connotación de una denuncia o de informe de policía judicial *«con la sola capacidad y virtualidad de activar el poder judicial, mas no demostrativos para el proceso penal»*.

Al respecto bastaría con acotar que un razonamiento en tal sentido solo puede ser fruto de la confusión del recurrente sobre el contenido y valor probatorio de la denuncia, los informes técnicos y los informes de policía judicial en el contexto de la Ley 600 de 2000.

De entrada resulta impertinente la cita jurisprudencial alusiva a la naturaleza jurídica de la denuncia en la Ley 906 de 2004, ordenamiento en el que, según definió la Corte Constitucional¹⁷, tiene carácter *informativo* en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, careciendo, en principio y en sí misma, de valor probatorio. Connotación diferente, en virtud del principio de permanencia de la prueba, tiene la denuncia en el régimen de la Ley 600 de 2000.

De manera que es impertinente el símil que pretende establecer el demandante entre los informes presentados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social y la denuncia, para rebatir el valor probatorio de aquellos.

Sucede lo propio cuando pretende asimilar los informes de policía judicial con el informe técnico en el marco de la Ley 600 de 2000. Sobre los primeros la jurisprudencia sostiene de manera pacífica y regular que las exposiciones y entrevistas obtenidas en las labores previas de verificación y contenidas en los informes de policía judicial no tienen valor de testimonio ni de indicios, sino que constituyen “*criterios orientadores de la investigación*”¹⁸.

Sin embargo, se distingue las labores previas de verificación de la policía judicial adelantadas antes de la

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2005.

¹⁸ CSP SP, 10 nov. 2004 rad. 20429; CSJ, SP, 2 dic. 2008, rad. 29021.

judicialización, de la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos por orden y comisión del fiscal que ha asumido la investigación, conforme con lo preceptuado por el artículo 316 de la Ley 600 de 2000, disposición a la cual ninguna referencia hace el reparo.

Por su parte, los informes presentados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social fueron incorporados a la actuación como prueba documental, dándoseles el carácter de informes técnicos, en los términos del artículo 263 de la Ley 600 de 2000, cuyo contenido está referido a los estudios y conceptos rendidos por dicho grupo de trabajo en relación con las múltiples irregularidades advertidas en las liquidaciones prestacionales de la entidad pública.

Al respecto, ante un planteamiento que guarda total identidad con el ofrecido en este caso por el recurrente, esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los referidos informes presentados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT-, siendo pertinente suscribir lo allí considerado, por lo que, en extenso, se transcribe su fundamentación:

En este evento el casacionista no señala cuáles son esos requisitos que omitidos harían irrito el informe del Grupo Interno de Trabajo cuestionado; simplemente y con sustento en el artículo 263 de la Ley 600 de 2000 supone que los informes técnicos sólo son válidos jurídicamente si provienen de entidades públicas o privadas que no sean parte en la actuación procesal, cuando en verdad tal previsión no concibe un condicionamiento respecto al origen de los

datos que reposen en esas entidades, pues si eso fuera así llegaría al extremo de que aquellos de orden técnico o científico que posea una entidad que sea parte en el proceso no podrían nunca válidamente aportarse a una investigación penal, lo cual constituiría un razonamiento absurdo.

Lo que establece la norma no es una exigencia de que los datos técnicos o científicos que una entidad posea registrados en sus libros o en sus archivos sólo los puede suministrar un tercero ajeno al proceso penal, como equivocadamente lo entiende el censor; no, lo que señala la disposición en cita es una facultad para que el funcionario judicial requiera esos datos ante una entidad pública o privada que no es parte en el proceso penal, pero en manera alguna constituye tal poder una condición de validez de la prueba, ni mucho menos una tarificación acerca del poder suasorio, como si legalmente se dispusiera que los informes provenientes de entidades parte de la actuación tienen un valor reducido en comparación con los originados en terceros.

Además de que la norma no establece una condición de validez, ni una tarifa probatoria respecto de aquellos datos técnicos o científicos que posean entidades públicas o privadas ajenas al proceso penal, sino una facultad para que de éstas el funcionario judicial obtenga tales elementos, resulta inadmisibile la argumentación del recurrente en el sentido de cuestionar la validez de la prueba por su origen, como si las partes, obviamente interesadas en las resultas del trámite, no pudieran aportar aquellos medios de convicción que acrediten los supuestos fácticos de las normas cuyos efectos jurídicos se invocan.

Negar tal posibilidad sería tanto como excluir la dialéctica propia del proceso penal, la controversia aneja a la esencia de toda discusión jurídica, donde cada parte cumple su rol y desde luego

el perjudicado en su condición de víctima con el obvio interés de obtener la verdad, la justicia y la reparación.

De admitirse la tesis del censor sería tanto como decir que la denuncia, la indagatoria, el aporte de documentos por el procesado, o la parte civil, o el testimonio de un tercero con algún interés en el proceso son nulos, inválidos por provenir de quien tiene la pretensión de vencer a su contraparte acusada o acusadora.

Ninguna norma existe en nuestro ordenamiento que prevea la invalidez de un medio de convicción porque él sea requerido a una parte interesada o aportado por ella.

Diferente es que, precisamente por tener su origen en quien es parte procesal, en el tamiz de la sana crítica pueda resultar con una eficacia reducida a la hora de valorarlo, más en tal evento el tema no es ciertamente de legalidad sino del potencial suasorio que tenga el medio demostrativo.

Yerra por eso el casacionista al cuestionar el informe del Grupo Interno de Trabajo por vía de un equívoco de derecho por falso juicio de legalidad, pues el origen del mismo no afecta su validez jurídica.¹⁹

Esa información, referida a los estudios realizados por el grupo adscrito al anterior Ministerio de Protección Social, sirvió de clara orientación y respaldo para que la acreditación de la apropiación de dineros de FONCOLPUERTOS, pues de otra manera no habría sido posible su fundamentación que fue corroborada con los cotejos jurídicos realizados de los

¹⁹ CSJ AP-2074-2017, 27 mar. 2017, rad. 49254.

pagos ilícitos frente a la normatividad y jurisprudencia administrativa y laboral.

La mención recurrente que se hizo en el fallo de primer grado sobre los informes en cuestión, no invalidan su potencial demostrativo, así como tampoco significa que su contenido no haya sido corroborado por los demás medios demostrativos aducidos al proceso.

Así las cosas, la censura deviene insustancial, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

4. La nulidad por afectación del principio de investigación integral.

De conformidad con el artículo 250, inc. 3º, -original- de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a *investigar* tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado. Por su parte, el artículo 20 de la Ley 600 de 2000 erigió ese deber del funcionario judicial en norma rectora del proceso que reglamentó, lo que corresponde a un esquema de impulso procesal basado en el principio de averiguación oficial de la verdad -contrapuesto a un modelo adversativo de construcción de la premisa fáctica de la decisión-, conforme al cual el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello, deberá averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen

o exoneren de responsabilidad al procesado *y las que tiendan a demostrar su inocencia* (art. 234 inc. 1º, *ibídem*)²⁰.

En desarrollo de ese mandato, el artículo 338, inciso final, *ib.*, señala que el funcionario judicial «ordenará las pruebas necesarias para verificar las citas, comprobar las aseveraciones del imputado y las que requiera para la definición de la situación jurídica del sindicado, además de las pedidas por los sujetos procesales intervinientes».

De esa manera, ha precisado la Sala:

[e]l mandato de averiguación oficial de la verdad y su concreción en el principio de investigación integral responde a un modelo de configuración de las formas propias del juicio (art. 29 inc. 2º de la Constitución) en donde la construcción de la premisa fáctica de la decisión sobre la responsabilidad penal no es un asunto de mero interés de las partes, sino de interés público, guiado por la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 ídem), sustrato del principio de verdad material. Ello impone al acusador un deber de conducta, guiado por la lealtad procesal (art. 17 del C.P.P.), que lo compele a ejercer actos de investigación que, además de confirmar la hipótesis delictiva, permitan descartar eventualidades que afirmen la presunción de inocencia. De encontrarse pruebas o evidencias que favorezcan el interés de absolución del procesado, se activa la obligación de la Fiscalía de darlos a conocer al defensor, quien por antonomasia encarna el rol de contención y contradicción de la pretensión punitiva estatal (art. 13 inc. 1º ídem), en cabeza de la Fiscalía (art. 113-1 ídem).²¹

²⁰ CSJ AP-8168-2017, 29 nov. 2017, rad. 47492.

²¹ *Ibídem*.

Sin embargo, la trascendencia de un vicio de esa naturaleza, capaz de afectar el principio de investigación, debe cumplir con las exigencias específicas que la Corte ha decantado frente a esa materia, siendo las siguientes:

1.- Que se verifique la omisión en el decreto o práctica de una o varias pruebas.

2.- Que las omitidas no sean ilegales, impertinentes, inconducentes o inútiles.

3.- Que su aducción sea racional porque aún es físicamente posible y porque tiende a demostrar una hipótesis que en el proceso aparezca como razonable, es decir, no basada en meras conjeturas, opiniones, elucubraciones o en explicaciones descartadas en aquél.

4.- Que los medios de convicción no sólo ofrezcan una hipótesis fáctica alternativa sino que ésta tenga la eficacia para lograr una variación del sentido de la decisión o algún aspecto sustancial de la responsabilidad, de modo que favorezca al procesado.²²

Así mismo, se ha puntualizado que la violación a la investigación integral, como elemento garantizador de la verdad procesal que conduce a la invalidación de lo actuado, debe suponer forzosamente que el funcionario judicial se ha negado en forma arbitraria a disponer la práctica de pruebas determinantes para el proceso o cuando por inercia investigativa elude la averiguación de aspectos relevantes²³.

²² CSJ AP-5398-2017, 23 ago. 2017, rad. 50105.

²³ CSJ SP, 18 feb. 2004, rad. 17885. En el mismo sentido, SP-6005-2017, 3 may. 2017, rad. 49923; CSJ SP-16622-2017, 11 oct. 2017, rad. 47523; AP-8344-2017, 11 oct. 2017, rad. 50845.

Para el presente asunto, el censor concreta el aparente desconocimiento del principio de investigación integral en el hecho de que en el proceso obran dos informes contables contradictorios -los rendidos por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del Ministerio de Protección Social y por la Contraloría General de la República- en relación con el hecho de si las resoluciones firmadas por el procesado y que disponían el pago de acreencias laborales, estaban o no ajustadas a la ley.

Tal contrariedad, según propone, imponía a la fiscalía decretar oficiosamente un dictamen pericial para corroborar los informes y hallazgos fiscales de la Contraloría, lo que habría puesto en evidencia el mal manejo del Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social en los temas jurídicos y contables que fueron materia de investigación y juzgamiento en este proceso y, con ello, las irregularidades presentadas en la fase de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia y que fueron las razones por las que muchos trabajadores de esa empresa presentaron demandas laborales, cuyos resultados onerosos tuvieron que ser asumidos por el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia.

En últimas, lo que pretende el recurrente es derruir las valoraciones de los jueces de instancia sobre los dos medios de prueba incorporados legal y oportunamente a la actuación, reclamando su constatación a través de un tercer medio de conocimiento -esta vez de carácter pericial-, desconociendo el sistema de libertad probatoria imperante en el ordenamiento procesal a través del cual el fallador se formó su juicio sobre

los hechos con la prueba documental aducida no solo por la Fiscalía, sino también aportada por el defensor que introdujo el informe de la Contraloría, cuyos resultado pretende corroborar.

Debe acotarse que si la defensa del procesado pretendía como útil la práctica de aquella prueba pericial que ahora echa de menos, bien la pudo haber reclamado en la audiencia preparatoria, cosa que omitió según puede constatarse en el escrito contentivo de las solicitudes probatorias durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000²⁴.

De suerte que, haber guardado silencio sobre la solicitud probatoria de ese medio de conocimiento que ahora reclama como esencial para demeritar el valor demostrativo de los informes elaborados por el Grupo Interno de Trabajo -GIT- del anterior Ministerio de Protección Social, le impide a la defensa señalar como violado el principio de investigación integral por el hecho de no haber sido postulado por la Fiscalía de manera oficiosa o a través de una solicitud probatoria del instructor en la etapa de juzgamiento. De todos modos, tal aspecto, valga acotarlo, se aprecia impertinente en tanto pareciera consistir en una suerte de «prueba de la prueba» tendiente a corroborar o soportar otros medios de conocimiento valorados por el juez.

Por ende, esta censura también se desestimaré.

²⁴ Fls. 36-118, C.O. 1 de la causa.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



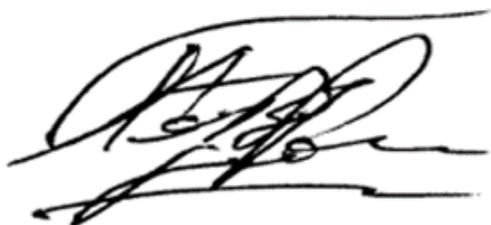
FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



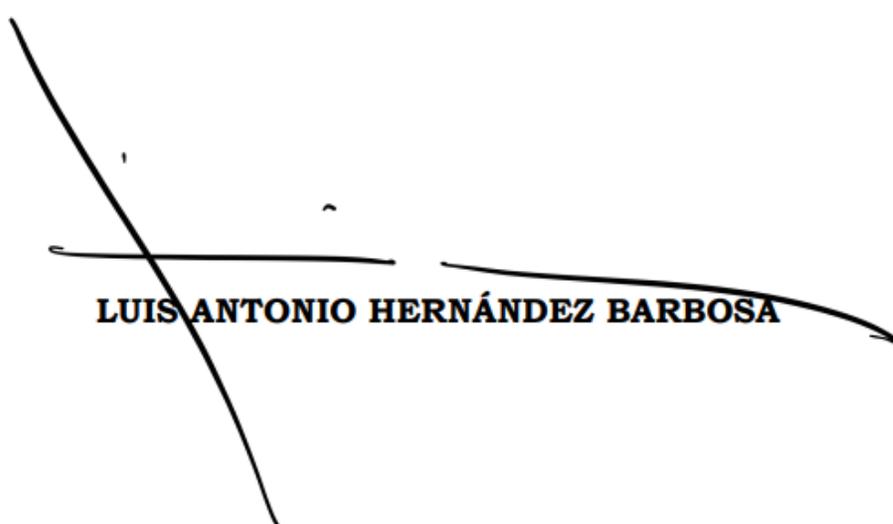
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Sala Casación Penal @ 2022