

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

SEP00124 -2019

Radicación N° 47255

Aprobado mediante Acta No. 090

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Procede la Sala Especial de Primera Instancia a proferir sentencia dentro del proceso que se adelanta contra **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación en la modalidad tentada.

HECHOS Y ANTECEDENTES:

1. **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, gobernador encargado del departamento de Chocó, en ejercicio de sus funciones expidió la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, en la cual, con sustento en lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, reconoció y ordenó el pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales a favor de Arinda María

Ramos Ibarguen, Harly Rafael Leudo Paz, Domingo Ramos Palacios, Jadsy Patricia Mena Córdoba, Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana, Silene Esther Palacio Mena y Jairo Antonio Naboyan, extrabajadores del Fondo Educativo Regional del Chocó- FER, a quienes en Resolución 0043 del 27 de enero de 2005, expedida igualmente por el procesado, liquidó y ordenó el pago de prestaciones sociales a los mismos beneficiarios, entre ellos, a su esposa, Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana.

Con fundamento en la citada Resolución, los extrabajadores presentaron demanda ejecutiva laboral en contra de la entidad territorial, proceso dentro del cual, el 20 de enero de 2009, el juez 1º laboral del circuito de Quibdó, libró mandamiento de pago por la suma de \$100.000.000 y decretó el embargo y retención de dineros de las cuentas del departamento hasta por la suma de \$417.433.140, decisión revocada posteriormente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, que declaró probada la excepción de inexistencia del título base de ejecución y, en consecuencia, ordenó el levantamiento de medidas cautelares.

La búsqueda de los mencionados actos administrativos en el archivo de la Gobernación del Chocó permitió establecer que, conforme al libro radicador de la dependencia, la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 en realidad tenía por objeto ordenar una comisión oficial, mientras que la Resolución 0043 de 27 de enero de 2005, conceder una licencia de maternidad, actos administrativos que fueron sustraídos del archivo donde debían reposar.

Se estableció, además, que en el archivo histórico de la entidad reposaba otra Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una sanción moratoria a unos extrabajadores"*, con el mismo objeto de la presentada como título ejecutivo en el proceso laboral pero con evidentes diferencias en su formato, tamaño y papel, en cuyos considerandos se cita como fundamento del reconocimiento prestacional la Resolución 0028 de 27 de enero de 2005, la cual no obra en el archivo ni en los libros radicadores.

2. Con fundamento en la denuncia que por estos hechos presentara Patrocinio Sánchez Montes de Oca, exgobernador del Chocó, el 27 de abril de 2009 la Fiscalía General de la Nación dispuso la apertura de investigación previa. Por Resolución del 7 de febrero de 2012, se delegó la investigación a la fiscalía octava delegada ante la Corte Suprema de Justicia, quien asumió su conocimiento el 9 de febrero siguiente.

3. Declarada formalmente la apertura de instrucción el 23 de julio de 2014, se dispuso la vinculación del procesado **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, mediante indagatoria rendida el 20 de noviembre de la misma anualidad.

4. Clausurada la investigación el 2 de octubre de 2015, en Resolución del 12 de noviembre del mismo año, la fiscalía delegada acusó al procesado como autor del delito de falsedad ideológica en documento público, en concurso heterogéneo con prevaricato por acción y peculado por apropiación, éste último en la modalidad tentada. Esta Resolución cobró ejecutoria el 3

de diciembre siguiente, al declararse desierto el recurso de reposición interpuesto por el procesado.

IDENTIDAD ACUSADO:

Se trata de **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.792.850, nacido el 4 de julio de 1962 en la ciudad de Quibdó, hijo de Braulio y María Olga, casado con Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana, abogado de profesión.

El citado ciudadano se desempeñó como secretario de Gestión Administrativa y Talento Humano de la Gobernación del Chocó, cargo del que tomó posesión el 1º de enero de 2004 y que desempeñó hasta el 26 de mayo de 2005, cuando se aceptó su renuncia mediante Decreto 275 de la misma fecha. Mediante Decreto 0204 del 13 de abril de 2005¹, fue designado por el titular como gobernador encargado del Chocó, encargo en ejercicio del cual profirió la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, quedando así acreditada su condición foral.

SÍNTESIS RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN:

Para la Fiscalía General de la Nación, **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, en su calidad de gobernador encargado del departamento de Chocó, al expedir la Resolución 0517 del 14 de abril de 2005, por medio de la cual reconoce y ordena el pago de una sanción moratoria a varios trabajadores del Fondo Educativo Regional del Chocó, incurrió en el delito de falsedad

¹ Folios 239 y s.s., C-1 instrucción.

ideológica en documento público, dada la existencia de otros dos actos administrativos con el mismo número y fecha que difieren en su objeto y contenido, todos ellos suscritos por el procesado.

Así, obra la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, *"por medio de la cual se ordena una comisión oficial"*, la cual aparece debidamente registrada en el libro radicator de resoluciones de la Gobernación del Chocó y que, por lo mismo, se estima auténtica. A la par, obra la Resolución 0517 de la misma fecha, *por la cual se reconoce y ordena el pago de una sanción moratoria a unos extrabajadores*, de la cual existen dos contenidos disímiles: en la allegada al proceso ejecutivo laboral, se cita como fundamento la Resolución 0043 de 27 de enero de 2005, que según los libros radicadores trata en realidad de una licencia de maternidad, mientras que la encontrada en el archivo histórico de la Gobernación invoca la Resolución 0028 de la misma fecha, de cuya existencia no hay registro ni en archivo, ni en libros radicadores.

Por ello, estima el ente acusador que en la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 se consignó una falsedad, al diferir los diversos actos administrativos así identificados en su motivación y objeto.

Advierte, además, que la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 es manifiestamente contraria a derecho, por cuanto en los archivos oficiales del ente territorial no reposa la documentación ni los actos administrativos que sirvieron de soporte a la reclamación administrativa, a la par que las

constancias expedidas por el entonces jefe de recursos humanos del FER no acreditan la naturaleza del vínculo laboral, ni la existencia de acreencias laborales insatisfechas a favor de los reclamantes.

Igualmente, considera que no medió situación de urgencia que hiciera necesario el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales por quien se desempeñaba solo temporalmente como ordenador del gasto, en los términos del artículo 93 del Decreto 1222 de 1986.

Aunado a lo anterior, afirma que el procesado desconoció el mandato del artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), pues al momento de expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria no contaba con los certificados de disponibilidad presupuestal. De igual manera, omitió el mandato del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, pues pese a que dentro de los actores de la reclamación administrativa se encontraba su cónyuge, Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana, no se declaró impedido para resolver la petición.

Finalmente, afirma que **BISMARCK CALIMEÑO MENA** incurrió en el delito de peculado por apropiación, pues la expedición del acto administrativo dio lugar a que los beneficiarios iniciaran proceso ejecutivo laboral, en el que se dispuso el embargo y retención de dineros de las cuentas oficiales de la entidad. Esta conducta, en sentir de la Fiscalía, en la modalidad tentada, en tanto no se verificó ningún pago a favor de los demandantes.



ALEGATOS FINALES:

1. La delegada de la Fiscalía General de la Nación predica la existencia de prueba indicativa de la materialidad de cada una de las conductas imputadas y de la responsabilidad atribuible al procesado.

En tal sentido, indica que está plenamente probada la calidad de servidor público de **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, quien en su condición de gobernador encargado del Chocó profirió la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, mediante la cual reconoció una sanción moratoria a favor de extrabajadores del Fondo Educativo Regional- FER, documento de indudable naturaleza pública y aptitud probatoria, al punto que fue usado como título de recaudo dentro del proceso ejecutivo laboral iniciado por sus beneficiarios contra el Departamento del Chocó.

Añade que el citado acto administrativo contiene una falsedad, pues de este se encontraron tres versiones distintas, estando acreditado con las copias allegadas de los libros radicadores que la Resolución 0517 de 2005 auténtica tenía por objeto la orden de una comisión de servicios a una docente, hecho corroborado con los soportes de pago de ésta última encontrados en la tesorería de la Gobernación del Chocó.

Frente a la posibilidad de que, por error, se hubiera impuesto el mismo número consecutivo a diversos actos administrativos, señala que, de ser así, en los libros radicadores

aparecerían registrados varias veces con el mismo guarismo, lo que no ocurrió, pues solo se relaciona el ya mencionado pero con un objeto distinto. Indica, además, que una de las beneficiarias del reconocimiento de los derechos prestacionales es su propia esposa, lo que evidencia su conocimiento y voluntad de lesionar el bien jurídico de la fe pública para favorecer intereses particulares.

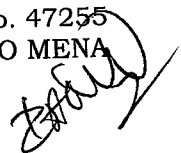
De otro lado, afirma, que la Resolución expedida por **BISMARCK CALIMEÑO MENA** reconoció de plano derechos prestacionales sin que la titularidad de los mismos estuviere probada y sin que fueran declarados por la autoridad judicial competente, lo que demuestra su abierta contrariedad con la ley, pues a la reclamación administrativa solo se acompañaron las certificaciones laborales expedidas por el jefe de recursos humanos del FER, insuficientes para acreditar los elementos del contrato realidad. En tal medida, concluye, el procesado se apartó de los principios de la función administrativa, pues emitió un acto administrativo capaz de modificar relaciones jurídicas y crear obligaciones, sin soporte jurídico y casi nula motivación.

Aunado a lo anterior, señala que en la emisión del acto administrativo se desconoció el Estatuto Orgánico del Presupuesto, pues pese a consistir en una orden de pago, no contaba con certificado de disponibilidad ni registro presupuestal que garantizara la existencia de los recursos comprometidos, incumpliendo así con las obligaciones que le imponía la función de ordenador del gasto que ostentaba temporalmente y excediendo además su competencia, por no

tratarse de un asunto urgente que requiriera de pronunciamiento inmediato por la administración departamental.

Finalmente, resalta que la resolución censurada reconoció unas sumas de dinero a cada uno de los beneficiarios con cargo al erario público, rubros respecto de los cuales el procesado ostentaba su disposición jurídica dada su función temporal como ordenador del gasto, reconocimiento que fue utilizado como título ejecutivo en proceso laboral de idéntica naturaleza y, en virtud del cual, se libró mandamiento de pago por las sumas reconocidas en el acto administrativo más los intereses causados hasta que se hiciera efectivo el pago, pretensión que se materializó en el embargo y retención de dineros del ente territorial, conducta que quedó en la modalidad tentada debido a que el Tribunal Superior del Chocó la revocó, al declarar probada la excepción de inexistencia del título ejecutivo.

2. La representante del Ministerio Público invoca la existencia de un concurso aparente entre los punibles de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción. Al respecto, aduce que la conducta que se censura como violatoria de la fe pública (haber expedido una resolución con fundamento en otras inexistentes), se subsume en el comportamiento prevaricador, dado que es precisamente la falsa motivación del acto administrativo lo que le da su carácter de contrario a la ley, al reconocer irregularmente la sanción moratoria a extrabajadores del FER. En tal virtud, solicita se absuelva al procesado por el cargo de falsedad ideológica en documento público.

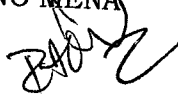


En relación con los restantes delitos, predica la condena de **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, al considerar que las pruebas recaudadas demuestran -en el grado de conocimiento exigido- la responsabilidad del procesado.

Así, en torno al prevaricato por acción, sostiene que está acreditado que la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 desconoce de forma manifiesta el ordenamiento jurídico, por cuanto no cuenta con los soportes documentales para el reconocimiento de la sanción moratoria objeto de dicho acto administrativo, esto es, se profirió con fundamento exclusivo en la reclamación incoada por sus beneficiarios y unas certificaciones expedidas por el FER, de las cuales no se extrae la existencia de la obligación a cargo del ente territorial.

Aunado a lo anterior, la citada Resolución se expidió sin contar con los certificados de disponibilidad presupuestal y entre sus beneficiarios se encontraba la cónyuge del procesado, razón por la cual éste estaba impedido para reconocer tales derechos, habida cuenta del interés directo que le asistía.

Finalmente, indica que la conducta del acusado pretendió favorecer a terceros con la apropiación de recurso de la Gobernación del Chocó, en tanto el acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria fue presentado como título en un proceso ejecutivo laboral, conducta que quedó en la fase tentada, por cuanto el Tribunal Superior de Quibdó declaró la inexistencia del título ejecutivo y levantó las medidas cautelares que afectaban los recursos públicos.



3. Por su parte, **BISMARK CALIMEÑO MENA** afirma que no incurrió en ninguno de los delitos por los cuales se le acusa, pues, en su parecer, quedó demostrado con la prueba testimonial que los beneficiarios de la Resolución 0517 de 2005 tenían el derecho a que se les reconociera sus prestaciones sociales y, en consecuencia, la sanción moratoria por su no pago oportuno.

Aclara que el Fondo Educativo Regional era una entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional que, por razón de su liquidación, pasó a la Gobernación del Chocó, momento en el cual las obligaciones pasaron a la entidad territorial, creándose el vínculo entre ésta y los extrabajadores. Reitera que a todos los empleados del Fondo se les reconocieron sus prestaciones sociales, lo cual ocurrió en distintas administraciones departamentales, pues esa era costumbre en el ente territorial.

De otro lado, indica que las certificaciones expedidas por el jefe de talento humano del FER dan fe del vínculo laboral y demás elementos esenciales para reconocer la existencia de un contrato realidad, condición de la cual la certificación es prueba sumaria, y que su denunciante direccionó el testimonio de César Yudis Cruz Mosquera para que constituyera prueba en su contra y prejuzgara la falsedad de la Resolución acusada.

Frente al cargo de prevaricato por acción, señala que éste no se puede fundamentar en que no aparecen las resoluciones 0517 y 0043 de 2005 registradas en el libro radicador, pues de

estos libros se desconoce su paradero y solo obra copia de los folios pertinentes en el expediente, los que presentan espacios en blanco y se desconoce su autor.

Por último, afirma que no cometió prevaricato porque está convencido de que los beneficiarios de la Resolución tenían el derecho a las prestaciones reconocidas, que la decisión del Tribunal Superior del Chocó fue ilegal, pues declaró la inexistencia del título judicial excediéndose en sus funciones, y que oscuros intereses han direccionado la investigación.

4. La defensa técnica solicita la absolución del procesado, invocando para ello la existencia de duda probatoria. Con dicho fin, puso de presente que la Fiscalía no se percató que la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 que fue hallada por investigadores del CTI el 25 de junio de 2013 y que remite a la Resolución 0028 de 27 de febrero de 2005 en sus considerandos, no se encontró en su oportunidad sino años después de la denuncia, por lo que no fue aportada con ésta ni le sirvió de fundamento, situación que aduce genera duda, pues no arroja claridad sobre su existencia.

Censura que los documentos en que se apoya el ente acusador *“presentan niveles de enrarecimiento e incoherencia”* que los hace dudosos respecto de su autenticidad y la debida custodia de los mismos, pues el membrete de cada uno, la fecha, el objeto y su contenido varía de una resolución a otra, siendo imposible determinar cuál de los diversos actos administrativos es el verdadero.

De otro lado, critica que el perito grafólogo concluya, en un primer informe, que no es posible emitir una opinión concluyente sobre la firma plasmada en la Resolución 0517 que refiere a la Resolución 0028 del mismo año, sospechosamente encontrada años después de la denuncia en el archivo histórico, para luego concluir, en otro informe, que todas las firmas plasmadas en las distintas versiones de dicha Resolución pertenecen a **BISMARK CALIMEÑO MENA**.

Aunado a lo anterior, señala que los testimonios recaudados incurren en contradicciones, retractaciones y falta de certeza, en especial de quienes tuvieron bajo su custodia el archivo de la entidad territorial, quienes no pudieron explicar convincentemente por qué había varias versiones del mismo documento, ni dónde se encontraban los libros radicadores originales, o cómo se hizo la entrega e inventario del archivo al cambio de administración, resaltando que no existe un inventario ordenado del archivo.

Afirma que la Resolución 0517 que se dice original y que concedía una comisión de servicios a la docente María Gertrudis Garcés Sánchez, nunca fue incorporada a la actuación, pues solo se cuenta con copia auténtica aportada por César Yudis Cruz Mosquera, documentos que no fueron confrontados con el original y que, además, presenta una evidente enmendadura y un grosero salto en el consecutivo de los números de las resoluciones enlistadas.

La misma crítica hace en torno a los libros radicadores de la oficina de archivo de la Gobernación del Chocó, en cuanto

asegura, no se demostró su existencia, pues de ellos solo se cuenta con fotocopias de algunos folios aportadas por un enemigo declarado del procesado, y que además presentan enmendaduras, espacios vacíos, duplicidad en la numeración, letras ilegibles y están diligenciados por diversas personas, inadecuados para fundar en ellos la certeza de la falsedad del acto administrativo.

Frente al delito de prevaricato por acción, sustentado por la Fiscalía en la falta de evidencia de la reclamación administrativa y del derecho de petición con fundamento en los cuales el procesado expidió el acto administrativo en cuestión, señala que los mismos fueron aportados por **CALIMEÑO MENA** en diligencia de versión libre, además de estar probados tales hechos con los testimonios de los beneficiarios de las resoluciones. Así, sostiene que la conducta del procesado no se puede considerar prevaricadora solo porque la Fiscalía no encontró los soportes de la reclamación, cuando estos documentos están insertos en la actuación desde la investigación previa.

En relación con el aparente conflicto de intereses, indica que Carmen Rosa Ángela Rodríguez -esposa del acusado- es una reclamante legítima, que prestó sus servicios profesionales al FER y, por tanto, tiene derecho a que se le paguen sus prestaciones sociales. Afirma, además, que el tipo de prevaricato exige la manifiesta contrariedad con el ordenamiento jurídico y no persigue "*actos tenués, que puedan confundirse en un manual de funciones*", concluyendo que, aunque reprochable, este acto solo constituye una

extralimitación de funciones que no afecta desproporcionadamente el bien jurídico tutelado.

Ante la ausencia del certificado de disponibilidad presupuestal, argumenta que la misma resolución señala que la sanción moratoria reconocida se pagará con cargo a los recursos de la liquidación del FER (Ley 60 de 1993), que hacen parte del denominado situado fiscal, y no con cargo al presupuesto departamental.

En torno al peculado por apropiación, aduce que si se considera que la obligación de pagar los derechos prestacionales de los extrabajadores del FER estaba en cabeza del gobernador y que la reclamación de ese grupo de personas gozaba de respaldo legal y jurisprudencial, no puede concluirse que **CALIMEÑO MENA** incurrió en el delito anunciado. Por ello, reitera, una vez recibida la reclamación, soportada en las certificaciones que demostraban la existencia de la obligación y la procedencia de las pretensiones de aquellos, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** no tenía opción distinta que proceder a reconocerlas conforme la ley. En este orden, reclama sentencia absolutoria a favor de su defendido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia de la Sala.

El artículo 75 numeral 6° de la Ley 600 de 2000 atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia

para investigar y juzgar a los gobernadores por cualquier clase de delito mientras ostenten el cargo, fuero que se mantiene una vez cesado en el ejercicio del mismo, respecto de aquellas conductas punibles que guarden relación con las funciones desempeñadas (inciso 2º, numeral 7º, ídem).

Ahora, de conformidad con el artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, que modificó el artículo 234 Superior, y en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA18-11037 de 5 de julio de 2018 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, la competencia para pronunciarse de fondo en primera instancia dentro de los procesos adelantados contra aforados de competencia de la Corte Suprema de Justicia corresponde a la Sala Especial de Primera Instancia.

Así las cosas, esta Sala es competente para proferir sentencia dentro del proceso adelantado contra **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, por cuanto los delitos atribuidos se hallan estrechamente vinculados al ejercicio del cargo desempeñado como gobernador encargado. Lo anterior, por cuanto la expedición de la Resolución 517 de 14 de abril de 2005 cuya autenticidad y conformidad con el ordenamiento jurídico se cuestiona, la emitió el procesado en ejercicio de las facultades a él conferidas por la Constitución y la ley como gobernador encargado del Chocó, razón por la cual emerge diáfano el nexo de causalidad entre el acto administrativo reprochado y la investidura ejercida temporalmente por el acusado, condición sin la cual no habría podido materializar las conductas

imputadas, siendo en tal medida incuestionable el fuero especial que lo ampara.

2. Requisitos para condenar.

A voces del inciso 2° del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para proferir sentencia condenatoria se requiere que los medios de convicción legal, regular y oportunamente allegados a la actuación, permitan arribar a la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad atribuible al procesado.

Con miras a determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, la Sala Especial abordará, en su orden, el análisis de cada una de las conductas reprochadas a **BISMARCK CALIMEÑO MENA** para, a partir de dicho análisis, verificar si las mismas se adecuan a la descripción típica de las conductas punibles por las que se le acusó, y si devienen en antijurídicas y culpables.

3. Cuestión previa.

Para el Ministerio Público, la resolución de acusación determinó la imputación fáctica de los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción, en la expedición por parte del procesado de la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005. Así, aduce, la falsa motivación que configura el delito contra la fe pública constituye la manifiesta

contrariedad del acto administrativo con la ley, de forma tal que el desvalor del primero se consume en el segundo. Por ello, considera, la falsedad ideológica se integra a la conducta prevaricadora, de mayor riqueza descriptiva.

Acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, la figura concursal se consolida cuando entre las varias descripciones típicas que se adecuan a determinado supuesto de hecho, no existe una relación de subsidiariedad, especialidad o consunción, siendo tales los criterios para determinar la consolidación de un concurso simplemente aparente de delitos.

Al respecto, ha dicho la Sala de Casación Penal:

“la apariencia de un concurso de conductas punibles se presenta cuando un mismo comportamiento pareciera encajar en varias descripciones típicas, cuando solo una es la norma aplicable, pues de lo contrario se violaría el principio del non bis in ídem al sancionar dos veces el mismo hecho o la misma circunstancia. En la resolución de problemas jurídicos de tal naturaleza, se han elaborado unos criterios tradicionales (especialidad, subsidiariedad y consunción)”².

Principios éstos desarrollados por la jurisprudencia de la citada Corporación en los siguientes términos:

“Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) Que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: lex specialis derogat legi generali.

² CSJ SP9235-2014, Rad. 41800.

Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (art.152, modificado por el 32 de la ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 ejusdem), entre otros.

(...).

*Finalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*".³*

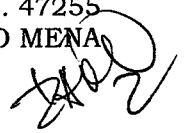
Sobre la consunción, criterio invocado por el Ministerio Público, tiene señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal:

En virtud de este último - que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada - si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento.

Dentro de tal categoría se encuentra el referido hecho posterior copenado, según el cual, el primer delito no tiene sentido para el agente sino en la medida que cometa el segundo, como ocurre con el delito de hurto y la receptación, en el cual, el apoderamiento de la cosa mueble ajena interesa al autor del delito, sólo en la medida que pueda enajenarla y concretar el provecho ilícito pretendido, esto es, agotar el delito, y por ello el legislador descartó como autor del ilícito de receptación a quien haya tomado parte en la conducta punible inicial.⁴

³ CSJ SP, 18 Feb 2000, Rad. 12820.

⁴ CSJ AP, 9 Jun 2004, Rad. 22415.



Y en el mismo sentido:

Oportuno se ofrece señalar que respecto del criterio de consunción como solución al concurso aparente de delitos, y más especialmente en cuanto se refiere al denominado hecho típico acompañante, de lo que se trata es de que el juicio de desvalor de uno de los comportamientos en aparente concurso, consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad de este último no trasciende ni cobra autonomía en punto de la lesión al bien jurídico tutelado, en la medida que su punición ya ha sido establecida por el legislador al tipificar el otro comportamiento. En caso contrario, como ocurre en el caso de la especie, que ambos comportamientos violan de manera ostensible y autónoma diversos bienes jurídicos (patrimonio económico y libertad personal), no hay duda que la valoración de la finalidad perseguida por el acusado resulta inane, pues sin dificultad se advierte la configuración de un concurso material de delitos⁵.

En este orden, emerge necesario valorar si el comportamiento atribuido a **BISMARCK CALIMEÑO MENA** que ha sido tipificado como falsedad ideológica en documento público, queda cobijado en la adecuación típica del prevaricato por acción. Para ello, válido es preguntarse si el hecho falso consignado en la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 está inescindiblemente ligado a la contrariedad con la ley que se predica del mismo documento, esto es, si realizado el ejercicio mental de sustraer el contenido falso de la resolución, daría lugar a estimar el acto administrativo ajustado a derecho.

Así, en la eventualidad que la falsedad resulte inescindible elemento de la conducta prevaricadora por constituir aquello que la hace contraria a derecho, el concurso será aparente. Por el contrario, si la imputación concursal refiere a supuestos de hecho claramente diferenciables, cada uno con la potencialidad de vulnerar bienes jurídicos de diversa naturaleza, habrá un concurso material o real de delitos.

⁵ CSJ SP 28 Jul 2004, Rad. 21520

Según la resolución de acusación, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** incurrió en el delito de falsedad ideológica en documento público al suscribir la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, porque de dicho acto administrativo existen tres versiones que difieren en su motivación y objeto, estando probado que en la original se concedió una comisión de servicios.

A su turno, dicha resolución es manifiestamente contraria a derecho porque: i) fue expedida sin el soporte jurídico y documental que acreditara que sus beneficiarios tenían derecho al reconocimiento de prestaciones sociales en virtud de un contrato realidad, que existían a su favor prestaciones sociales insatisfechas y que habían adelantado un trámite administrativo para reclamarlas; ii) no medió situación de urgencia que hiciera necesario el pronunciamiento por quien se desempeñaba como gobernador encargado (artículo 93, Decreto 1222 de 1986); iii) el acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria no contaba con certificado de disponibilidad presupuestal (artículo 71, Decreto 111 de 1996); y iv) el acusado lo suscribió a pesar de que una de las beneficiarias era su cónyuge (artículo 40, Ley 734 de 2002).

Como fácilmente puede apreciarse, el reproche que se hace a la conducta del procesado no se agota con la falsa motivación del acto administrativo. La falsedad, acorde con el pliego de cargos, estriba en la coexistencia de los actos administrativos rotulados con el mismo consecutivo, que sin embargo difieren en su contenido, mientras que su manifiesta contrariedad con el ordenamiento jurídico se sustenta en que

se expidió sin prueba de la titularidad del derecho en cabeza de los reclamantes, sin certificado de disponibilidad presupuestal y por quien desempeñaba la función de ordenador del gasto de forma temporal, quien, además, se encontraba impedido para suscribirla por tener un interés personal en el derecho allí reconocido.

Bajo este panorama, para la Sala Especial emerge evidente que los supuestos fácticos en que se sustenta la adecuación típica de las conductas concursales imputadas son distintos y, por tanto, naturalmente escindibles, al punto que si la invocación a resoluciones inexistentes -que se indica como elemento constitutivo de la falsedad- se sustrae mentalmente del enunciado, persiste el juicio de desvalor por el atentado contra la administración pública, en tanto el reproche por la manifiesta ilegalidad del acto administrativo se mantiene.

Conforme lo ya dicho, el juicio de reproche desborda la simple afectación de la fe pública y se extiende a otros bienes jurídicos. Así, más allá de la alteración de la verdad en el acto administrativo, el contenido de injusto y culpabilidad de la conducta desvalorada trasciende a su falsedad, para irrumpir en la lesión a la administración pública, en concreto, respecto del principio de legalidad predicable de los actos de la administración.

En suma, la imputación concursal que refiere el acto de acusación proviene de supuestos de hecho diferentes, cada uno de ellos con la idoneidad necesaria para vulnerar la fe pública y la función administrativa de manera autónoma e, incluso,

con finalidades distintas, pues la conducta prevaricadora tenía por objeto reconocer injustamente a favor de unos particulares una acreencia laboral, mientras que la falsedad buscaba darle apariencia de legalidad a ese acto de reconocimiento.

4. De la falsedad ideológica en documento público.

La conducta punible de falsedad ideológica en documento público está prevista en el artículo 286 del Código Penal de la siguiente manera:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

De conformidad con la reseñada descripción típica, son supuestos para la realización del tipo objetivo: (i) ostentar la calidad de servidor público, (ii) expedir un documento público que pueda servir de prueba, (iii) que en este se consigne una falsedad o se calle total o parcialmente la verdad, o lo que es lo mismo, que contenga declaraciones mendaces.

A voces del artículo 294 ídem, para efectos de la ley penal se entiende por documento *“toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”.*

Ahora bien, según lo prevé el artículo 243 del Código General del Proceso, son públicos aquellos documentos

elaborados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención, o por un particular en ejercicio de funciones públicas.

De acuerdo con los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, tienen la condición de servidores públicos quienes cumplen funciones estatales, esto es, quienes ejecutan tareas inherentes a alguna de las tres ramas del poder público, de los órganos de control y la rama electoral, o quienes desempeñan atribuciones de vigilancia y control de las actividades de los particulares.

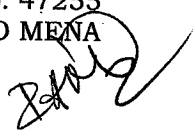
Siguiendo las anteriores consideraciones, la Sala de Casación ha sostenido:

[E]l delito de falsedad documentaria supone, como elementos propios de esta clase de delincuencia: a) la mutación de la verdad, en el entendido de que se trata de la alteración de la verdad en su sentido y contenido documental con relevancia o trascendencia jurídica; b) la aptitud probatoria del documento y c) la concurrencia de un perjuicio real o potencial.

La imitación de la verdad implica que el documento pueda servir de prueba por atestar hechos con significación jurídica o implicantes para el derecho, es decir que el elemento falsificado debe estar en posibilidad de hacer valer una relación jurídica.

Se trata, por tanto, de la creación mendaz con apariencia de verosimilitud, que en el caso de la falsedad documental pública se entiende consumada con la editio falsi, es decir, con la simple elaboración o hechura del documento que se atribuye a una específica autoridad pública y que por ende representa una situación con respaldo en el derecho al involucrar en su formación la intervención del Estado por intermedio de alguno de sus agentes competentes, esto es, que se supone expedido por un servidor público en ejercicio de funciones y con el lleno de las formalidades correspondientes.⁶

⁶ CSJ SP, 29 Jul 2008, Rad. 28961



En esa lógica, la configuración del delito ocurre con la simple suscripción del documento mendaz, con independencia de que el mismo sea utilizado o exhibido a terceros. La falsedad se considera *ideológica*, en tanto el documento no es falso en sus condiciones de existencia y autenticidad, pero sí lo son las afirmaciones o declaraciones que contiene y para su estructuración, además, no se requiere la acreditación de alguna motivación o la obtención de algún tipo de provecho, pues *«el mismo se agota, en sede de tipicidad, con el conocimiento de los hechos y la voluntad, y en cuanto a la culpabilidad, con el conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento, esto es, “...en la conciencia y voluntad de plasmar en su condición de funcionario público y persona imputable, hechos ajenos a la verdad...”⁷»* (CSJ SP5104-2017, Rad. 40282).

En suma, la creación mendaz con apariencia de verosimilitud que encarna la falsedad ideológica se consuma con la elaboración misma del documento que, al ser emitido por un agente del Estado en ejercicio de sus funciones, hace presumir que la situación o relación jurídica que declara, modifica o extingue, tiene respaldo en el derecho. A su vez, se trata de un delito de peligro, en el entendido que el mismo no exige la concreción de un daño, sino la potencialidad de que se realice y la acreditación de que el agente actuó con conocimiento y voluntad.

⁷ CSJ SP, 23 Jun 2010, Rad. 31357

Conforme con las exigencias aludidas, está suficientemente acreditada la calidad de servidor público de **BISMARK CALIMEÑO MENA**, quien estando vinculado a la Gobernación del Chocó como secretario de Gestión Administrativa y Talento Humano -cargo para el que fue nombrado mediante Decreto 001 del 1 de enero de 2004-, fue encargado temporalmente de las funciones de gobernador mediante Decreto 204 del 13 de abril de 2005, circunstancias debidamente soportadas con las copias de los actos administrativos de nombramiento, de encargo de funciones, el acta de posesión, así como con la certificación que en dicho sentido expidió la encargada del grupo de talento humano de la Secretaría General de la Gobernación del Chocó⁸.

Se tiene, además, que en ejercicio de dichas funciones emitió la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de una sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales, a favor de Arinda María Ramos Ibarguen, Harly Rafael Leudo Paz, Domingo Ramos Palacios, Jadsy Patricia Mena Córdoba, Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana, Silene Esther Palacio Mena y Jairo Antonio Naboyan, extrabajadores del Fondo Educativo Regional- FER.

Así se desprende de su fecha de expedición, acaecida el día siguiente a aquél en que se le delegaron temporalmente las funciones de gobernador del Chocó, condición en la cual suscribió el mencionado documento según admite el propio procesado y se corrobora con la prueba grafológica, dictamen

⁸ Folio 239 y siguientes, C-instrucción.

que concluyó la uniprocendencia de las firmas plasmadas en las resoluciones obtenidas en el archivo histórico de la Gobernación del Chocó y en el proceso ejecutivo laboral, con las muestras escriturales tomadas a **CALIMEÑO MENA**⁹ en el curso de la versión libre¹⁰.

Ahora bien, ninguna duda emerge en torno a la condición de público predicable del instrumento objeto de reproche, en tanto en su elaboración intervino un servidor público en ejercicio de sus funciones oficiales. Se advierte, además, su evidente aptitud probatoria, pues contiene la declaración de un hecho jurídicamente relevante, para el caso, la existencia de una obligación en cabeza del Departamento y a favor de contratistas del extinto Fondo Educativo Regional del Chocó-FER, documento que fue introducido en un proceso ejecutivo laboral iniciado a instancias de los beneficiarios del reconocimiento prestacional, como título de recaudo de la presunta obligación insoluta.

En cuanto a su contenido, las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación permiten inferir, en el grado de conocimiento exigido, que la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 utilizada como título ejecutivo, presenta visibles y marcadas diferencias con aquellas encontradas en los archivos de la Gobernación del Chocó, inconsistencias de las cuales es posible inferir su falsedad.

Así, a raíz de la denuncia interpuesta por el gobernador de la época, se realizó inspección en la oficina de archivo y

⁹ Informe de Policía Judicial DG 11-32867 del 6 de noviembre de 2014. Folio 100, C-2 instrucción.
¹⁰ Folio 88, C-2 instrucción.

correspondencia de la Gobernación del Chocó y en la sede del Juzgado 2º Laboral del Circuito de Quibdó, con el propósito de obtener las Resoluciones 0517 y 043 de 2005¹¹. Del expediente laboral se desglosó la Resolución 0517 del 14 de abril de 2005 que sirvió como título de recaudo en el proceso ejecutivo, junto con la constancia de ser primera copia, suscrita igualmente por **CALIMEÑO MENA** el 19 de abril del mismo año, esta vez, actuando como secretario de Gestión Administrativa y Talento Humano¹².

A la par, en las instalaciones del archivo histórico de la Gobernación del Chocó, se obtuvo la Resolución 0517 del 14 de abril de 2005 que reconoce una sanción moratoria¹³, documento que, aunque coincide en su objeto con el utilizado como título ejecutivo en el proceso laboral, difiere en su contenido y formato. Este, según afirmó en su declaración César Yudis Cruz Mosquera -jefe de la Oficina de Archivo de la administración departamental¹⁴-, se encontró por fuera del orden consecutivo y sin foliar.

Estos instrumentos se sometieron a estudio de grafología y documentología forense (informe de policía judicial DG 11-32867 de 6 de noviembre de 2014)¹⁵, cuyas conclusiones transcribe la Sala en extenso por ser de trascendencia para el objeto de la presente decisión.

Se afirmó en el citado informe:

¹¹ Informe de policía judicial No. 498386, folio 117, C-1 instrucción.

¹² Documento original visible a folio 291, C-1 de instrucción.

¹³ Documento original visible a folio 293, C-1 Instrucción.

¹⁴ Folio 34 y s.s., C-1 instrucción.

¹⁵ Visible a folio 100, C-2 instrucción.



«Para el efecto del presente análisis de autenticidad, se consideró en primera medida acotar las diferencias que ostentan entre sí las dos resoluciones objeto de duda, toda vez que no se corresponden aspectos como son tamaños y diseños. En estos aspectos, se encontró que la resolución desglosada del archivo histórico de la gobernación del Chocó, ostenta medidas de 32 x 21.5 cm en sus tres hojas, situación que contrasta con el menor tamaño de las hojas que integran el documento dubitado que fuera desglosado del proceso ejecutivo laboral, el cual exhibe dimensiones de 28 x 21.5 cm.

De la misma manera, se evidencian ostensibles diferencias en cuanto a los diseños de ambos documentos, como quiera que la resolución que reposara en el archivo histórico contiene recuadros tanto en zona superior 5 x 21.5 cm, e inferior de 1.6 x 21.5 cm, ambos con el difuminado o degradado de los colores verde, amarillo, azul (derecha a izquierda), siendo estos, los pertenecientes a la bandera del Departamento del Chocó; lo que contradice el formato de la otra resolución dubitada, la cual ostenta en la mayoría del sustrato tonalidad blanca, exceptuándose su región inferior en la que se ubica un recuadro de menores dimensiones que son 0.8 x 19 cm y tonalidad cromática distinta a su homólogo, toda vez, que en este documento resultó ser naranja y no los propios de la bandera ya enunciada.

Igualmente, se contradicen las tipografías empleadas de ambos documentos en lo que atañe a los textos preimpresos de “República de Colombia”, “Departamento del Chocó”, “Despacho del Gobernador”, “RESOLUCIÓN NRO. DE 2005” y del programa de gobierno “Desarrollo con equidad, el anhelo de un pueblo”. Respecto a los escudos del departamento del Chocó, igualmente resaltan las diferencias respecto a la calidad de definición de los escudos dispuestos en la región superior izquierda, siendo de menor calidad los impresos en la resolución objeto de duda que obrara dentro del proceso ejecutivo laboral.

En cuanto a los contenidos textuales que componen el “CONSIDERANDO” de las resoluciones cuestionadas, igualmente se ubicaron encontradas diferencias relacionadas con las extensiones literales de los renglones (oraciones) y la modificación de la resolución que ordena la liquidación y pago de prestaciones sociales. En este sentido debe resaltarse que la resolución 0517 de 2005 de duda, que reposara en el archivo histórico de Gobernación del Chocó, incluye como sustento la resolución No. 0028 de 27 de enero de 2005 y no la resolución No. 0043 igualmente de 27 de enero de 2005 que figura en el dubitado obrante dentro del proceso ejecutivo laboral.

Una vez enunciado lo anterior, se procedió a efectuar los cotejos técnicos documentológicos de los dubitados frente a los documentos indubitados aportados como elemento patrón de referencia comparativa, encontrándose de esta manera disparidad en cuanto a diseños, tanto de los dubitados respecto de los indubitados, como también de estos últimos entre sí, guardándose solamente correspondencia relativa entre las resoluciones que fueran emitidas por la Secretaría de Educación y Cultura. Se dice relativa, toda vez que, si bien el formato preimpreso se identifica en sus bocetos, variaron los tamaños de las hojas y la tonalidad cromática que compone la parte motiva de las resoluciones.

De lo anterior, se infiere la posibilidad de que cada dependencia adscrita a la Gobernación del Departamento del Chocó manejara, para la época de expedición de las mismas, autonomía respecto a los formatos o diseños de su documentación. No obstante, dicha situación deberá ser precisada por el investigador líder del caso, por cuanto, esta hipótesis resulta ser especulativa, mas no de precisión concluyente al no ser este aspecto del resorte pericial.

Sin embargo y en atención a que fuera aportada como material indubitado la resolución No. 0450, promulgada por parte del despacho del Gobernador del Chocó y su fecha 04 de abril de 2005, resulta coetánea con las resoluciones de duda; al efectuarse la comparación con los documentos objeto de duda, fueron encontradas diferencias de diseño en aspectos concernientes a tamaños y morfologías de los tipos de fuente, la calidad de definición y nitidez de los escudos y tonalidades cromáticas de los mapas políticos que fungen en la zona central de los documentos a manera de marca de agua y de los recuadros».

En el mismo, el perito concluyó:

“Existe uniprocedencia manuscritural entre la firma dubitada que obra en la resolución No. 0517 de 14 de abril de 2005 de foliatura 22 al 24, expedida por el despacho del gobernador del Chocó y que fuera desglosada del proceso ejecutivo laboral y las muestras manuscritural y elementos extraproceso indubitados del señor BISMARCK CALIMEÑO MENA.

Existe uniprocedencia manuscritural entre la firma dubitada que obra en la resolución No. 0517 de 14 de abril de 2005, la cual reposara en el archivo histórico de la gobernación del Chocó y las

muestras manuscriturales y elementos extraproceso indubitados del señor BISMARK CALIMEÑO MENA.

No se corresponden las características de diseño de las dos resoluciones No. 0517 de 14 de abril de 2005, que fueran expedidas por el despacho del Gobernador del Chocó frente a la resolución No. 0450 de 4 de abril de 2005, que fuera emitida por el mencionado despacho y que fungiera como material de comparación indubitado”.

En este orden, comparados los dos actos administrativos rotulados con el consecutivo 0517 de 14 de abril de 2005, se advierte que presentan diferencias en su tipografía, sus marcas de agua, extensión de renglones y tamaño de papel, además de presentar inconsistencias en su motivación pues, como se concluyera en el informe respectivo, la utilizada como título ejecutivo en el proceso laboral invoca como causa de la obligación que contiene la Resolución 0043 de 27 de enero de 2005, mientras que la obtenida en las instalaciones del archivo histórico de la Gobernación refiere a la Resolución 0028 de la misma fecha. No obstante, las rúbricas que obran en ambos documentos pertenecen –sin dubitaciones- a **BISMARK CALIMEÑO MENA.**

Lo hasta aquí dicho no tendría mayor trascendencia, si no fuera porque más allá de las diferencias que a simple vista se observan entre los formatos utilizados para uno y otro instrumento, ambos se sustentan en actos administrativos que no fueron encontrados en los archivos de la Gobernación del Chocó y cuyo objeto, según las anotaciones que en su momento se hicieran en los libros radicadores de la entidad, tampoco coincide con el consignado en sus considerandos, pues lejos de mencionar el reconocimiento de derechos prestacionales a

extrabajadores del FER, refieren a la concesión de licencias a docentes del Departamento.

En efecto, la Resolución 0043 de 27 de enero de 2005 aportada con la demanda ejecutiva laboral, mediante la cual se reconoció el derecho, liquidó y ordenó el pago de las prestaciones sociales a los allí demandantes, no reposa en el archivo histórico del ente territorial y de ésta solo se obtuvo copia desglosada del proceso mencionado¹⁶. Según se dejó constancia en la inspección practicada a esa dependencia el 22 de noviembre de 2013, la carpeta de archivo de resoluciones del año 2005 pasa del consecutivo 0042 de 27 de enero de 2005 al 0044 de la misma fecha¹⁷.

De igual manera, en inspección adelantada el 9 de noviembre de 2009 a la Oficina de Archivo y Correspondencia de la Gobernación del Chocó¹⁸, se obtuvo fotocopia del folio 005 del libro radicador de resoluciones, en el que se aprecia la Resolución 0043 de 27 de enero de 2005 pero con un objeto totalmente distinto: conceder una licencia de maternidad. Si bien la anotación es ilegible, José Candelario Reyes, entonces jefe de archivo del ente territorial, afirmó en su declaración que él era el encargado de realizar los registros en el libro radicador, reconoció como suya la letra plasmada en el referido folio y aclaró el contenido de la misma¹⁹.

¹⁶ Solicitada con oficio de 26 de octubre de 2009, en la misma fecha se allegó por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Quibdó. Informe de policía judicial No. 498386 de 9 de noviembre de 2009, fl. 117, C-1 instrucción.

¹⁷ Informe de policía judicial No. 833018 de 28 de noviembre de 2013, visible a fl. 247, C-1 instrucción.

¹⁸ Informe No. 498386 de 9 de noviembre de 2009, fl. 117, C-1 Instrucción.

¹⁹ Audiencia de Juzgamiento, sesión del 17 de octubre de 2017, fl. 119, C-2 Causa.

Lo propio sucede con la Resolución 0028 de 27 de enero de 2005, igualmente invocada como causa de la obligación en la Resolución 0517 de 2005, pues con esa fecha no figura ni en el archivo ni en los libros radicadores de la entidad, donde sí consta el consecutivo 028, pero emitido el 20 de enero de 2005 con el fin de otorgar una licencia no remunerada al docente Helmer Alirio Mosquera, según constancia plasmada en el informe No. 833018 de 28 de noviembre de 2013²⁰.

De otro lado, en inspección adelantada a la oficina de archivo de la Gobernación del Chocó el 26 de octubre de 2009, se obtuvo copia de otra versión de la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, en esta oportunidad con el objeto de otorgar una comisión oficial a la docente María Gertrudis Garcés Sánchez, acto administrativo que contrario a lo acaecido con sus homólogos, sí aparece registrado a folio 047 del libro radicator de resoluciones con el mismo objeto y está soportado –además– en la relación de pagos del mes de abril de 2005, obtenida en inspección a la Tesorería Departamental del Chocó, donde se relaciona un pago por valor de \$915.112 a favor de la mencionada docente, *“en cumplimiento de la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, por concepto de comisión oficial”*²¹, circunstancias que en sentir de la Sala corroboran la autenticidad de éste último.

Por ello, se concluye que el documento aquí censurado, esto es, la Resolución 0517 de 14 de abril de 2015 que tiene por objeto reconocer una sanción moratoria a extrabajadores del extinto Fondo Educativo Regional del Chocó, contiene una

²⁰ Fl. 247, C-1 instrucción.

²¹ Fl. 183, C-1 instrucción.

falsedad, en la medida en que lo allí resuelto no encuentra sustento en las diversas resoluciones que se invocan como antecedente de la prestación que ordena pagar, a la par que – acorde con los registros del ente territorial- la Resolución 0517 original trata de una comisión oficial.

En suma, comparadas las tres versiones del acto administrativo censurado, claramente se advierte que se trata de documentos sustancialmente diferentes que identificados con el mismo consecutivo y fecha tratan de objetos diversos y exhiben motivación distinta, contradicción insalvable que corrobora la falsedad que el documento público encarna.

Con el propósito de desvirtuar la existencia de la conducta punible, la defensa afirma que **BISMARCK CALIMEÑO MENA** suscribía los distintos actos administrativos sin numerar y con posterioridad se les imponía el número consecutivo en la oficina de archivo de la Gobernación del Chocó, de forma tal que cualquier inconsistencia en dicha numeración resulta ajena a sus funciones.

Si bien el trámite, acorde a la prueba testimonial recaudada, corresponde al aducido por la defensa, ello no explica por qué razón, pese a las evidentes diferencias entre las dos versiones de la Resolución que ordena el pago de la sanción moratoria y que se presume suscribió el mismo día –pues así se consigna en el acto administrativo-, procedió a firmarlas en tal condición, siendo materialmente imposible que no se hubiera percatado de sus discrepancias, no solo por sus distintos formatos, sino porque en sus considerandos se cita

como fuente de la misma obligación sendas resoluciones disímiles entre sí.

Ahora bien, pretende la defensa consolidar la duda en favor de su prohijado, aduciendo con dicho fin, que la Resolución 0517 que remite en sus considerandos a la Resolución 0028 de 27 de enero de 2005, se halló varios años después de los hechos en el archivo histórico de la Gobernación del Chocó, razón por la cual no fue aportada en la denuncia. Con fundamento en lo anterior, afirma que no media certeza sobre la existencia de dicho documento e insinúa que este responde a una elaboración del aquí denunciante, con la cual se pretende truncar la trayectoria política de **CALIMEÑO MENA**.

Al respecto, es necesario precisar que, en efecto, este documento fue recolectado por miembros del cuerpo técnico de investigación en junio de 2013. Sin embargo, del mismo se tuvo noticia desde el 11 de mayo de 2009, a escasos dos meses de instaurada la denuncia (12 de febrero del mismo año), fecha en la cual compareció a declarar César Yudis Cruz Mosquera, entonces Jefe de Archivo de la Gobernación del Chocó, quien bajo la gravedad del juramento explicó las condiciones en que ubicó el instrumento, aduciendo que *“la [Resolución] que reconoce el pago y la sanción moratoria a unos extrabajadores no se encontraba debidamente foliada y por fuera del orden consecutivo y fue localizada en el archivo central”*²².

²² Fl. 34, C-1 instrucción.

De otro lado, que la denuncia fuera instaurada cuatro años después de acaecidos los hechos, encuentra explicación en que fue solo hasta enero de 2009 que los beneficiarios del acto administrativo iniciaron el proceso ejecutivo laboral, a consecuencia del cual se libró mandamiento de pago y se ordenó el embargo y retención de dineros del Departamento del Chocó, circunstancia que, a su turno, dio paso a la denuncia objeto de la presente actuación.

Tal circunstancia fue, precisamente, la que prendió las alarmas en la administración del Chocó, que al ver embargadas las cuentas del departamento emprendió la búsqueda de los actos administrativos en que sustentaban sus pretensiones los allí demandantes, advirtiendo las inconsistencias de que da cuenta la actuación. Así se dejó constancia en la noticia criminal, donde se consigna que la denuncia responde a la necesidad de *“frenar las desmedidas demandas contra la administración departamental, que conllevan el menoscabo del patrimonio del Departamento y en aras de frenar el cobro de procesos que se han adelantado de forma fraudulenta”*²³.

Visto lo anterior, las sospechas en torno a la existencia y recolección del documento resultan infundadas, pues este no fue hallado fortuitamente seis años después de su emisión, como pretende hacerse ver. Contrario a ello, del mismo se tuvo noticia en los albores de la investigación, fue ubicado y comparado con las anotaciones del libro radicador y dicha discordancia, la causa de la denuncia que dio lugar a esta actuación. Cosa bien distinta es que solo a partir de su análisis

²³ Fl. 1, C-1 instrucción.

por el investigador que lo recaudó, se advirtió que dicho documento no solo difería de aquél en que se ordenó una comisión de servicios y que se estima original, sino también del que se aportó como título ejecutivo en el proceso laboral.

En cuanto a que éste último responda a una fabricación, dentro de una compleja trama urdida por enemigos políticos del acusado, es necesario afirmar que el supuesto complot a que alude la defensa carece de cualquier elemento de prueba que lo sustente.

En todo caso, de ser cierto que esta versión del documento fue elaborada con posterioridad y plantada en el archivo histórico de la Gobernación del Chocó para incriminar al procesado, no encuentra la Sala explicación plausible al hecho de que en la demanda ejecutiva laboral²⁴, se citen indistintamente las Resoluciones 0043 y 0028 de 27 de enero de 2005 como fuente de los derechos prestacionales reclamados judicialmente. Tal circunstancia es indicativa de que quien elaboró la demanda a instancias de los beneficiarios del acto administrativo tuvo a su vista las dos versiones de la Resolución 0517 de 2005 que reconoce la sanción moratoria, eventualidad que refuerza que el instrumento censurado responde a una elaboración falaz.

A lo anterior, se suma el hecho de que ambas resoluciones fueron sometidas a cotejos grafológicos con las muestras escriturales tomadas a **BISMARCK CALIMEÑO MENA** en diligencia de versión libre, así como con otros documentos

²⁴ Folio 11, C-Anexo 2.

suscritos por él, encontrándose que los rasgos manuscriturales indican que las firmas allí plasmadas pertenecen, sin distinción, al aquí procesado.

Ahora, para restar credibilidad a este medio de convicción, la defensa censura los plurales informes presentados por el perito en grafología, aduciendo inconsistencias en su opinión pericial, asunto respecto del cual es conveniente realizar algunas precisiones.

En efecto, en un primer informe²⁵, el perito indicó la imposibilidad de obtener un resultado concluyente sobre la uniprocedencia de las firmas que aparecen en la Resolución 0517 desglosada del archivo histórico de la Gobernación del Chocó.

Como sustento de su opinión adujo que *“...no obstante ser ubicadas algunas de las particularidades enunciadas en los párrafos anteriores, resulta necesario que el investigador aporte material extraproceso del señor BISMARCK CALIMEÑO MENA, el cual debe ser lo más próximo a la presunta fecha de elaboración del documento cuestionado (14 de abril de 2005) y preferiblemente contener firmas hechas con un tipo de elemento escritor similar. Lo anterior, se motiva en las discrepancias o variaciones relacionadas con su espontaneidad, fluidez y proporciones, las cuales chocan ostensiblemente con las coincidencias grafonómicas que también le fueron ubicadas en el material indubitado y con el otro documento cuestionado (...)”*, aclarando que las variaciones anotadas pueden ser producto

²⁵ Informe DG 11-17267 de 20 de enero de 2014, fl. 277, C-1 instrucción.

de *“el uso por parte del amanuense de un elemento escritor diferente, como también tener su origen en alguna maniobra fraudulenta tendiente a desfigurar las características del gesto gráfico o también, ser el resultado de una actividad imitadora de las firmas del muestradante”* (Énfasis fuera de texto).

Ante la imposibilidad de obtener un resultado concluyente y acogiendo la sugerencia del perito, la funcionaria instructora ordenó nueva inspección al archivo histórico de la Gobernación, esta vez, con el fin de obtener el original de plurales actos administrativos suscritos por el aquí encartado para la época de los hechos y así complementar el cotejo grafológico.

En cumplimiento de dicha orden, se obtuvieron las Resoluciones 0481, 0450, 0448 y 0400 de 2005, con fundamento en las cuales se realizó un cotejo documental para determinar si los diversos instrumentos guardaban homogeneidad con los formatos usados para la época en la Gobernación departamental, al igual que un nuevo análisis de grafología. Según este último informe²⁶, las firmas plasmadas en las dos versiones de la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 obtenidas en el archivo histórico de la Gobernación del Chocó y en el proceso ejecutivo laboral, pertenecen al aquí procesado.

Por consiguiente, los citados informes no se excluyen, sino que se complementan, en tanto la imposibilidad de un resultado concluyente advertida en el primero, se superó al

²⁶ Informe DG 11-32867 de 6 de noviembre de 2014, fl. 100, C-2 instrucción.

adjuntar como objeto de estudio muestras escriturales coetáneas a los hechos, que sirvieron como muestra patrón para despejar las dudas que refirió el experto grafólogo en su primer análisis, dictámenes que, no sobra aclarar, no fueron objetados por la defensa.

Tampoco encuentra la Sala ajustada a la realidad procesal la supuesta contradicción en que incurren los testigos. En primer lugar, por cuanto el ataque que por dicho aspecto puede hacerse de un testimonio, necesariamente debe referirse a las inconsistencias que presente en su propio dicho y no, como pretende la defensa, frente a lo aseverado por otros deponentes.

Así, que las diversas declaraciones recaudadas a lo largo del proceso no reflejen versiones exactas de una misma realidad no puede clasificarse como contradicción o retractación de quienes así han depuesto, pues como resulta apenas lógico, la versión que de los hechos ofrece cada testigo depende de la forma particular en que los percibió, de la sanidad de sus sentidos y de su capacidad de evocación, todas estas circunstancias subjetivas y que, por tanto, varían de un testigo a otro.

Pero más allá de la imprecisión de la censura, para la Sala ninguno de los aquí declarantes ha incurrido en las contradicciones alegadas, pues los testimonios recaudados, si bien unos más esclarecedores que otros, han sido consistentes a lo largo de la actuación.

Cosa distinta es que se pretenda calificar como tal el que los testigos César Yudis Cruz Mosquera y José Candelario Reyes Hurtado, en su momento jefes de archivo de la Gobernación del Chocó, hayan sido incapaces de ofrecer una explicación plausible de la coexistencia de las resoluciones censuradas, pues ello es indicativo no de su falta de credibilidad, sino de la imposibilidad de explicar convincentemente las irregularidades presentadas en la expedición de las diversas resoluciones rotuladas 0517 de 14 de abril de 2005, situación que contrario a lo pretendido por la defensa, corrobora su ilegalidad.

Al respecto, nótese que José Candelario Reyes Hurtado, al ser cuestionado por la razón de la duplicidad de resoluciones con distinto objeto, se limita a indicar que la desconoce, pero aclara que durante el tiempo que estuvo a cargo de la oficina de archivo no se percató de que existieran otros actos administrativos con el mismo número, aclarando que nunca se le solicitó que modificara el consecutivo de alguna Resolución. Por su parte, César Yudis Cruz Mosquera asegura que mientras el archivo estuvo a su cargo, solo una vez se presentó la repetición del consecutivo en una Resolución, que se solucionó colocando a la última el agregado "BIS" y registrándola en el libro radicador de igual manera.

En tal medida, es evidente que la anomalía aquí advertida no era frecuente en la oficina de archivo departamental, en tanto así lo refieren quienes fungieron como custodios de la misma. De ahí que difícilmente puedan dar explicaciones de la duplicidad presentada cuando en el ejercicio legítimo de sus

funciones tal situación no acaeció y, en consecuencia, su ocurrencia solo se explica como fruto de un acto ilegal.

De otra parte, sin desconocer que el manejo y custodia documental a cargo de la dependencia de archivo de la época no era el ideal, tal circunstancia no excluye la responsabilidad atribuible a **CALIMEÑO MENA**, pues lejos de ser éste el pábulo que sustente la duda probatoria que reclama, acredita que fue dicha circunstancia la que facilitó la consumación de las conductas que se le atribuyen.

Para ello, téngase en cuenta que en ambas versiones de la Resolución 0517 que reconoció la sanción moratoria a extrabajadores del FER, se consignó como fundamento de la declaración que contienen sendas resoluciones (0043 y 0028) que, conforme a los libros radicadores de la entidad, corresponden a actos administrativos con objeto distinto al otorgamiento de prestaciones sociales a sus beneficiarios y que, coincidentemente, tampoco obran en el archivo de la entidad.

Además, el único documento oficial que se encontró en el archivo fue la Resolución 0517 que refiere a la 0028 de 27 de enero de 2005, la cual no estaba archivada en el consecutivo sino por fuera de éste y sin foliar, hecho indicativo de que fue colocada allí para dar apariencia de legalidad a aquella otra que se utilizó como título ejecutivo en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó y respecto de la cual difiere notoriamente.

Por la misma razón, se descarta que se trate de un simple error en la numeración de los diversos actos administrativos aquí mencionados, pues de ser así, los instrumentos que en tal condición se hubieran expedido obrarían en su integridad en el archivo y constarían en el libro radicador con la aclaración respectiva.

De otro lado, es cierto que de la Resolución 0517 que concedió una comisión de servicios a la docente María Gertrudis Garcés Sánchez no obra su original en el proceso, solo copia autenticada por César Yudis Cruz Mosquera. Sin embargo, esa circunstancia no impide su valoración por la Sala, en tanto este último documento es el único que encuentra soporte tanto en el libro radicador como en la relación de pagos del mes de abril de 2005, obtenida en inspección judicial a la Tesorería del Departamento. Por ello, como se afirmó en un inicio, se considera que esta Resolución 0517 de 14 de abril de 2005 corresponde al documento original.

Lo propio ha de decirse en torno a la supuesta inexistencia de los libros radicadores, pues a ellos se refieren César Yudis Cruz Martínez y José Candelario Reyes Hurtado en sus respectivos testimonios. Así, está probado que para la época de los hechos, en la oficina de archivo de la Gobernación del Chocó se diligenciaban tales planillas, sin que medie duda sobre su existencia. De otro lado, copia de los folios que interesan a la actuación fueron recaudados en diligencia de inspección adelantada en la oficina de archivo de la Gobernación del Chocó el 26 de octubre de 2009²⁷. Se trata de

²⁷ Informe No. 498386 de 9 de noviembre de 2009, fl. 117, C-1 instrucción.

los folios 047 y 005 del libro radicator de resoluciones²⁸, en los que se observa, a renglón 10 del primero de los mencionados, la anotación de la Resolución 0517 *“por la cual se legaliza una comisión”*; y a renglón 4 del folio 005, la Resolución 0043 *“por el cual se concede una licencia de maternidad”*.

Sobre dichas anotaciones se interrogó a José Candelario Reyes Hurtado, quien no solo reconoció como suya la letra que se aprecia en las copias de los folios 047 y 005 aportadas al proceso, sino que aclaró su contenido en aquéllos apartes donde resultaba ilegible, y explicó que los espacios en blanco que se observan en el folio 005 corresponden a consecutivos que se dejaban sin diligenciar, en caso de que se requirieran con posterioridad.

En tales condiciones, la existencia y autenticidad de las copias obtenidas del libro radicator están plenamente acreditadas, en tanto cuentan con el reconocimiento expreso del funcionario que las diligenció, amén de que existe claridad sobre la forma en que se recolectó dicho elemento de convicción por la policía judicial.

Así las cosas, pese a los esfuerzos de la defensa, los elementos de convicción acopiados a lo largo de la actuación apuntan inequívocamente a acreditar que la Resolución 0517 de 2005 que reconoce y ordena pagar una sanción moratoria a extrabajadores del FER, es una fabricación mendaz, elaborada con el propósito de otorgar a sus beneficiarios un derecho subjetivo cuya titularidad era –como mínimo- discutible, para

²⁸ Fl. 3 y 4, C-Anexo 1.

lo cual se duplicó un acto administrativo expedido por el gobernador encargado con un objeto absolutamente distinto, cual es el de legalizar una comisión de servicios, según se corrobora con los registros del libro radicador de resoluciones y la relación de pagos del mes de abril de 2005 de la Tesorería Departamental.

Ahora bien, esa conducta resulta penalmente atribuible al aquí procesado, pues las pruebas acopiadas indican que **BISMARK CALIMEÑO MENA** sabía que la resolución por medio de la cual reconoció una sanción moratoria contenía una falsedad y, pese a ello, dirigió conscientemente su actuar a la consecución del fin objeto de reproche, esto es, la suscripción de aquella en tales condiciones.

Ello, en principio, por cuanto resulta materialmente imposible que al suscribir los precitados documentos, rotulados indistintamente como Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, no advirtiera el procesado las marcadas y evidentes diferencias apreciables entre estos, siendo su firma la que avala el contenido de cada uno de ellos. Su rúbrica, además, le otorgó al documento la capacidad jurídica de crear una obligación a cargo del Departamento del Chocó, dada la condición en que la suscribió, como representante legal transitorio del ente territorial.

Ahora, cómo no iba a estar al tanto de la ilegalidad contenida en el documento, cuando fue él mismo, mediante otro acto administrativo cuya autenticidad no está del todo exenta de tacha (bien se trate de la Resolución 043 o la 028 de

2005), quien les reconoció el derecho a percibir prestaciones sociales, pese a que los soportes que se anexaron al derecho de petición con fundamento en el cual se les reconoció la existencia del contrato realidad, eran insuficientes para concluir la titularidad del derecho allí reclamado.

Al margen de tal circunstancia, es el propio procesado quien ha dicho en su defensa que suscribió el acto administrativo porque los beneficiarios tenían “*derecho*” al pago de prestaciones sociales, pues en las mismas circunstancias se habían reconocido a otros trabajadores del FER, admitiendo así que emitió la resolución con plena conciencia de la ilicitud de su actuar y con el claro propósito de favorecer a un puñado de extrabajadores del FER, entre los que figura su cónyuge, a quienes les otorgó inmotivadamente el derecho a obtener prestaciones sociales en virtud de un supuesto “*contrato realidad*”.

Bajo tal panorama, las pruebas evidencian que **BISMARCK CALIMEÑO MENA** tenía plena conciencia de la mendacidad del instrumento y así lo firmó, con la voluntad de producir los efectos jurídicos que del mismo se desprendían, esto es, el reconocimiento arbitrario de prestaciones sociales a cargo del ente territorial.

5. Del prevaricato por acción:

El artículo 413 del Código Penal dispone que “*el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3)*

a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”²⁹. En este orden, el tipo penal descrito en la norma se compone de los siguientes elementos:

(i) Un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”^{30,31}

Respecto a la interpretación del elemento “manifiestamente contrario a la ley”, la doctrina reiterada de la Sala de Casación Penal, tiene dicho:

“(…) para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”³², dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, **como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo**”³³.

²⁹ Pena sin los aumentos punitivos de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

³⁰ CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031.

³¹ CSJ SP, 20 ene. 2016, rad. 46806.

³² CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

³³ CSJ SP, 13 abr. 2016, rad. 44697, reiterada en CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 49955.

En similar sentido, en decisión CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901, la Sala de Casación Penal de esta Corporación añadió:

“La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional, elemento esencial de ella, permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles”³⁴.

Por las mismas razones, la citada Sala de esta Corporación ha dicho que se descarta la configuración del prevaricato por acción:

“(…) en aquéllos casos en que la decisión censurada, aunque no se comparta o se estime equivocada, es producto de una interpretación razonable y plausible del funcionario sobre el

³⁴ CSJ SP, 23 de feb. de 2006, radicado 23901. Pronunciamiento reiterado por la Sala en SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias. Citadas en: CSJ SP, 13 abr. 2016, rad. 44697 y SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.

derecho vigente, o de una valoración ponderada del material probatorio objeto de apreciación, así a tal ejercicio apreciativo se le catalogue como errado por la visión dada en un examen posterior a cargo de un observador diferente”.

(...) mientras el alcance dado a las pruebas no se haya apartado de los dictados de la sana crítica, la decisión que de esa apreciación resulte no puede alcanzar el signo distintivo de manifiestamente ilegal que la podría recubrir, desde una óptica puramente objetiva, con la mácula del prevaricato”³⁵.

En este orden, el juicio negativo de reproche en la conducta prevaricadora no es de acierto sino de legalidad, vale decir, no basta que la actuación del servidor público sea incorrecta o desacertada, se requiere la abierta e incuestionable disconformidad entre el acto desplegado y la comprensión de las normas aplicables, por manera que el acto se aprecie en sí mismo arbitrario e irrazonable y, por lo mismo, producto de la intención positiva del funcionario de apartarse del precepto normativo para imponer su voluntad³⁶.

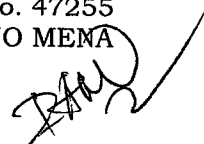
Dicho análisis, además, ha de realizarse mediante un juicio *ex ante*, constatando las condiciones y circunstancias bajo las cuales el agente actuó y los elementos de juicio que tuvo a la mano al momento de proferir la resolución, dictamen o concepto³⁷, amén de la “acreditación de si éste [el servidor público], de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicó, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida”³⁸.

³⁵ CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.

³⁶ CSJ SP043-2018, Rad.46294; SP19950-2017, Rad. 49758.

³⁷ CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.

³⁸ CSJ SP, 18 feb. 2003, rad. 16262.



Como se dijera en el acápite anterior, está más que acreditada la función pública en ejercicio de la cual **BISMARCK CALIMEÑO MENA** profirió la resolución que se califica como desconocedora del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la manifiesta ilegalidad predicable de aquella, la Fiscalía la hizo consistir en que: i) fue expedida sin el soporte jurídico y documental que acreditara que los extrabajadores del FER tenían derecho al reconocimiento de prestaciones sociales en virtud de un contrato realidad; que existían a su favor prestaciones sociales insatisfechas y que habían adelantado un trámite administrativo para reclamarlas; ii) el acusado lo suscribió a pesar de que una de las beneficiarias era su cónyuge (artículo 40, Ley 734 de 2002); iii) el acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria no contaba con certificado de disponibilidad presupuestal (artículo 71, Decreto 111 de 1996); y iv) no medió situación de urgencia que hiciera necesario el pronunciamiento por quien se desempeñaba como gobernador encargado (artículo 93, Decreto 1222 de 1986), reproches que abordará la Sala individualmente, a fin de determinar si le asiste razón al ente acusador o si, por el contrario, prosperan las objeciones elevadas por la defensa.

5.1.1. Ausencia de soporte jurídico y documental.

El Decreto 3157 de 1968 creó en cada uno de los Departamentos, Municipios y el Distrito Especial, un Fondo Educativo Regional constituido con aportes de la Nación y los

demás entes territoriales, para atender el sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias. Mediante Decreto 102 de 1976, se asignó a los FER la administración de los planteles nacionales de educación bajo la asistencia técnica del Ministerio de Educación, creando una junta administradora encargada, entre otras funciones, de proponer al Ministerio de Educación la planta de personal que una vez aprobada por el gobierno nacional, debía proveerse por la misma junta, con el lleno de los requisitos de carrera administrativa y conforme al régimen aplicable a los empleados públicos del orden nacional.

La Ley 60 de 1993 asignó a los departamentos la función de dirigir y administrar directa y conjuntamente con los municipios la prestación de los servicios educativos, propósito para el cual ordenó incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las Oficinas de Escalafón, los Fondos Educativos Regionales- FER, los Centros Experimentales Piloto- CEP y los Centros Auxiliares de Servicios Docentes- CASD. Para ello, en su artículo 6° dispuso:

“Artículo 6°. Administración del Personal. *Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.*

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

(...)"

En este orden, los entes territoriales adoptaron dentro de su estructura administrativa, entre otros, los Fondos Educativos Regionales, limitados por la planta de personal previamente aprobada por el Gobierno Nacional y el cumplimiento de los requisitos y condiciones del sistema de carrera administrativa para la incorporación de nuevos funcionarios, en los términos del artículo 125 Superior³⁹.

En el caso del Fondo Educativo del Chocó, la vinculación de personal administrativo –al menos en cuanto a los beneficiarios del acto administrativo censurado refiere- no parece responder a las formalidades legales anteriormente reseñadas.

A tal conclusión se arriba a partir del testimonio de Elkin Córdoba Cuesta⁴⁰, a la postre jefe de personal de la entidad y quien suscribió las constancias laborales con fundamento en las cuales el procesado reconoció a los extrabajadores sus prestaciones sociales, quien señaló que la vinculación del personal administrativo se hacía por *contrato verbal*, y el pago se hacía por reconocimiento de la labor desempeñada en el mes, previa certificación del coordinador respectivo, afirmación que parece corroborarse con el hecho de que en los archivos de

³⁹ Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

⁴⁰ Audiencia de juzgamiento, sesión de 7 de noviembre de 2017.

la entidad territorial no obran las hojas de vida de los beneficiarios ni registro alguno de su nexos laboral con el Fondo Educativo Regional, según se dejó constancia en inspección practicada en la Secretaría de Educación Departamental⁴¹.

Pero más allá de la discusión sobre la clase de vínculo contractual que los unía con la administración departamental, lo cierto es que el argumento expuesto por la defensa, en el sentido de que el acusado se limitó a reconocer la existencia de un contrato realidad y el consecuente derecho a obtener las prestaciones sociales derivadas de éste, no excluye su responsabilidad, pues, precisamente por tratarse de un asunto contencioso, imponía determinar si las labores desarrolladas por los trabajadores eran ocasionales o permanentes, y si se ejercían con la subordinación alegada, aspectos deficientemente sustentados con los documentos que acompañaron la reclamación administrativa adelantada con dicho propósito y, por tanto, inidóneos para concluir la titularidad del derecho en cabeza de los allí peticionarios.

Aquí vale la pena aclarar que si bien en los archivos oficiales de la Gobernación del Chocó no reposa la documentación que sirvió de fundamento para expedir la resolución contraria a derecho, en tanto en las varias inspecciones realizadas al archivo central e histórico del departamento, a la Secretaría de Educación, Oficina Jurídica e incluso Tesorería, no se halló rastro del derecho de petición presentado por los trabajadores del FER ni de sus anexos, la existencia de la reclamación administrativa está probada con

⁴¹ Informe No. 833018, visible a folio 247, C-1 instrucción.

el testimonio de quienes, siendo beneficiarios de la medida, comparecieron a declarar⁴².

De igual forma, el derecho de petición y las constancias laborales que lo acompañaban fueron allegados a la actuación por **CALIMEÑO MENA**⁴³, documentos que presentan un recibido del 7 de enero de 2005 y la firma de quien –sostiene el procesado– recibió los documentos en la Gobernación, circunstancia que no se desvirtuó por parte de la Fiscalía, por manera que debe admitirse como probado que hubo una reclamación administrativa dirigida a obtener el pago de acreencias laborales supuestamente insolutas, con ocasión de los servicios prestados por aquéllos al Fondo Educativo Regional del Chocó.

Pese a ello, se insiste, la documentación aportada para acreditar el sustento probatorio y jurídico del acto administrativo, lejos de desvirtuar su arbitrariedad la confirma, pues con tan escasos instrumentos no era posible reconocer a favor de los peticionarios prestaciones sociales y cesantías. De hecho, las certificaciones laborales aportadas a la actuación dan fe de la existencia de un vínculo contractual, pero en ellas nada consta en torno a la naturaleza de éste, por manera que difícilmente constituyen prueba indiciaria de la existencia de un contrato realidad, como pretende el procesado.

⁴² Se trata de Jairo Antonio Naboyan Ramírez, Domingo Ramos Palacios, Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana, Arinda María Ramos Ibarguen, Harly Rafael Leudo Paz y Yadsi Patricia Mena Córdoba.

⁴³ Fls. 104 a 116, C-1 instrucción.

En efecto, revisadas las constancias laborales cuya suscripción fue reconocida por Elkin Córdoba Cuesta, para la época jefe de recursos humanos del FER, se advierte que en las mismas se afirma escuetamente que los allí relacionados trabajaron en la entidad, la fecha de vinculación y la asignación mensual devengada. Nada allí indica la prestación de un servicio personal, permanentemente subordinado o dependiente, la impartición de órdenes respecto a la ejecución de la labor contratada, la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, o cualquier otra circunstancia que permitiera afirmar que los peticionarios tenían una verdadera relación laboral con la entidad departamental.

Tales tópicos tampoco fueron objeto de análisis en el acto administrativo que les reconoció el derecho a las prestaciones sociales, aspecto sobre el cual nada se dijo en la Resolución 043 ó 028 de 2005 –según se trate–, cuya lacónica motivación se limitó a afirmar que los peticionarios *“presentaron reclamaciones administrativas tendientes al reconocimiento y pago de las prestaciones causadas por haber laborado en el Fondo Educativo Regional del Chocó- FER en los periodos de tiempo servido de conformidad con las certificaciones para acceder a estas prestaciones sociales. Que, una vez revisado las certificaciones anexadas a la reclamación administrativa se estableció que los peticionarios efectivamente, si laboraron al servicio del Fondo Educativo Regional del Chocó- FER, en el tiempo anteriormente citado, y estas se liquidaron según el salario percibido de acuerdo a la ley”,* por lo que concluye, *“no le queda otro camino a la administración, que proferir acto*

administrativo reconociendo y ordenando el pago a los señores anteriormente mencionados”.

Como resulta evidente de su simple lectura, el acto administrativo carece de la debida motivación, pues se limitó a afirmar la existencia de una reclamación administrativa a la que se anexaron las constancias laborales previamente aludidas, omitiendo exhibir las razones de hecho y de derecho que determinaron el reconocimiento prestacional a favor de los allí reclamantes, al punto que ni siquiera se menciona la forma precaria de su vinculación a la entidad o la existencia de un contrato realidad, omisión indicativa de su arbitrariedad.

Es que, si se trataba de reconocer la existencia de un contrato realidad a favor de los trabajadores del FER en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas –como alega la defensa-, se requería constatar la continua prestación de servicios personales remunerados propios de la actividad misional de la entidad contratante, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que evidenciaran la dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales, asuntos cuyo análisis brilla por su ausencia.

Sobre el deber de motivación de los actos administrativos, de vieja data la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁴ ha identificado los preceptos constitucionales que imponen dicho deber a las autoridades públicas, advirtiendo que la falta de

⁴⁴ Ver sentencias: SU-250 de 1998, C-038 de 1996, C-054 de 1996, C-368 de 1999, C-371 de 1999, C-599 de 2000, C-646 de 2000, C-734 de 2000, C-292 de 2001, C-392 de 2001 y C-1142 de 2001.

motivación de un acto administrativo deviene en su nulidad, en tanto afecta los siguientes principios constitucionales:

“Cláusula de Estado de Derecho. Este concepto se encuentra fijado en el artículo 1° de la Carta⁴⁵ y encierra el principio de legalidad de las actuaciones de los entes públicos, eliminando así la arbitrariedad en sus actuaciones. Una de las formas en las que se materializa es en la obligación de motivar lo actos administrativos toda vez que ésta es la forma en la que se verifica la sujeción de la administración al imperio de la ley⁴⁶. **Debido proceso.** Igualmente, el artículo 29⁴⁷ superior plantea como presupuesto para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, que los administrados tengan argumentos que puedan ser controvertidos cuando no están de acuerdo con las actuaciones de las autoridades. De esta forma, cuando en el acto no se expresan las razones que han dado sustento a la decisión, el particular se encuentra en un estado de indefinición derivado de la imposibilidad de expresar los motivos por los que disiente de la decisión tomada, vulnerando así su derecho a controvertir la actuación con la que no está de acuerdo⁴⁸. **Principio Democrático.** En virtud de los artículos 1°, 123⁴⁹ y 209⁵⁰ de la Constitución, el deber de motivar los actos administrativos materializa la obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones⁵¹. **Principio de Publicidad.** El artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa se deberá desarrollar con fundamento en el principio de publicidad. Este mandato se encuentra estrechamente relacionado con los conceptos de Estado de Derecho y de democracia,

⁴⁵ ARTICULO 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁴⁶ Ver sentencias C-371 de 1999 y SU-250 de 98.

⁴⁷ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁴⁸ Ver sentencia C-279 de 2007.

⁴⁹ ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

⁵⁰ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁵¹ Ver sentencias T-552 de 2005, SU-250 de 1998, T-132 de 2007, T-308 de 2008 y T-356 de 2008.

dado que garantiza la posibilidad de que los administrados conozcan las decisiones de las autoridades, y así puedan controvertir aquellas con las que no están de acuerdo⁵²". (C.C. T-204 de 2012).

En este orden, el reconocimiento prestacional realizado por **BISMARCK CALIMEÑO MENA** a favor de los extrabajadores del FER es manifiestamente contrario a ley, en tanto emitió un acto administrativo de carácter particular y concreto, que adolece de falta de motivación sobre el fundamento fáctico y jurídico de los derechos subjetivos que otorga, en detrimento del debido proceso administrativo y contrariando los principios de publicidad, democrático y de legalidad de las actuaciones de los entes públicos.

Ahora, siendo ello así, tampoco podía el procesado liquidar y ordenar el pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales en la Resolución 517 de 14 de abril de 2005. En primer lugar, por cuanto el fundamento de esa reclamación es un acto administrativo manifiestamente contrario a la ley y viciado de nulidad, en los términos ya referidos. Más allá de lo anterior, porque tampoco se reunían los presupuestos para el pago de la sanción moratoria en los términos de la Ley 244 de 1995.

En efecto, la norma en cita establece:

Artículo 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10)

⁵² Ver sentencia C-054 de 1996.

días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de la Cesantía Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.

Acorde con dicho mandato, las entidades públicas tienen la obligación de liquidar, reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado y cuentan con un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento para hacerlo efectivo, so pena de la consolidación de la sanción moratoria.

Según la norma vigente para la época de los hechos, artículo 51 del Decreto 01 de 1984, en la vía gubernativa los recursos de reposición y apelación se interponen por escrito, “en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso”, por manera que el acto administrativo no adquiriría firmeza sino transcurridos cinco días contados a partir de su notificación, bajo el principio procesal de que su ejecutoriedad está determinada bien por la

improcedencia de recursos, la no interposición de los que eventualmente procedan o por la resolución de los oportunamente incoados.

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías definitivas solo se causa una vez vencido el término con que cuenta la administración para pagarlas. Así, en sentencia de 27 de marzo de 2007 (NI 2777-2004), la Sala de lo Contencioso Administrativo sostuvo:

"[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria [...].

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. [...]."

Siguiendo dicha lógica, si la Resolución 043 ó 028 que reconoció el derecho a las prestaciones sociales fue emitida el 27 de enero de 2005⁵³, asumiendo que se notificó personalmente a todos sus beneficiarios al día siguiente –lo

⁵³ Según el calendario oficial para Colombia, en el año 2005 el 27 de enero fue jueves.

cual resulta poco probable⁵⁴, la ejecutoria se surtió los días lunes 31 de enero, martes 1, miércoles 2, jueves 3 y viernes 4 de febrero, por manera que solo hasta el lunes 7 de febrero empezó a correr para la administración el término de 45 días hábiles para su pago efectivo, que vencía el 14 de abril de 2005⁵⁵.

Así las cosas, para ese 14 de abril, fecha en que se emitió la Resolución 517 de 2005, la administración departamental no había incurrido en mora, pese a lo cual, en el acto administrativo se consignó que *“desde el veintiocho (28) de marzo de 2005 la entidad se encuentra en mora por no cancelar oportunamente las cesantías definitivas”*, afirmación carente de sustento jurídico.

Aunado a lo anterior, de este último acto administrativo también es predicable lo ya dicho en torno a la ausencia de motivación, pues se limita a afirmar que mediante resolución del 27 de enero se les reconoció el pago de prestaciones sociales a los allí beneficiarios y el no pago de las mismas *“hasta la fecha”*.

Así, brilla por su ausencia la necesaria argumentación que sobre la procedencia de la sanción moratoria debía consignarse en la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, con

⁵⁴ Se ignora el trámite adelantado para la notificación del acto administrativo. Para efectos argumentativos, asume la Sala que la notificación se surtió en el menor lapso posible, de forma personal respecto de los siete beneficiarios y al día siguiente de su expedición.

⁵⁵ Por mandato legal, para el cómputo de plazos legales fijados en días se debe tener en cuenta que se entienden suprimidos los feriados, así como aquéllos en que, por cualquier circunstancia, permanezca cerrada la oficina o dependencia de que se trate. Los plazos de días señalados en la ley se entenderán *hábiles*, salvo que la ley disponga que lo son calendario y empiezan a correr desde la primera hora del día hábil siguiente al hecho, acontecimiento o circunstancia que genera la necesidad de su cómputo y culmina el último día hábil del plazo, inclusive, con la salvedad de que, en este caso, se tiene como límite la hora máxima de la jornada laboral.

expresa alusión al vencimiento del plazo para el pago oportuno de las prestaciones sociales y la fecha de ejecutoria de su reconocimiento, a partir de la cual empezaba a correr aquél.

La falta de motivación es tan evidente, que incluso se ignora qué circunstancias de hecho o de derecho llevaron a la administración a concluir que la sanción se hacía exigible desde el 28 de marzo de 2005, revelando con ello que se expidió sin mediar certeza sobre la titularidad del derecho en cabeza de sus beneficiarios, fruto de la discrecionalidad del procesado y sin corroborar la concurrencia de los requisitos para el pago de la sanción.

No sobra advertir que, para la Sala, la Fiscalía se quedó corta en relación con el presente reproche, en tanto lo que objetivamente arroja la prueba recaudada es la configuración de un concurso homogéneo de prevaricato por acción, conforme con el cual tanto la resolución que reconoció el derecho a las prestaciones sociales, como la que ordenó la liquidación y el pago de la sanción moratoria por su no pago oportuno, son manifiestamente contrarias a la ley, pese a lo cual solo se acusó por ilegalidad advertida en esta última, omisión que se encuentra imposibilitada la Sala de remediar en este estadio procesal, so pena de vulnerar el principio de congruencia y el derecho a la defensa del acusado. Lo anterior, no es óbice para que tal situación se considere a efectos de valorar el conocimiento de la ilicitud evidenciada en el accionar del procesado.

Todas las circunstancias relatadas, analizadas en conjunto, permiten a la Sala arribar a la certeza de que **BISMARCK CALIMEÑO MENA** sabía que los actos administrativos por él suscritos estaban viciados de nulidad, habida cuenta de la falta de motivación exigida en esta clase de actos administrativos, derivada directamente de la precaria comprobación de la titularidad del derecho en cabeza de sus beneficiarios.

Ello es así precisamente porque los soportes que él mismo aduce tuvo en consideración a efectos de emitir los actos administrativos devienen insuficientes para sustentar lo decidido a través de los mencionados pronunciamientos de la administración, echándose de menos el análisis serio y ponderado de los presupuestos de hecho y de derecho necesarios para el reconocimiento de tales derechos, razón suficiente para concluir que el acusado se apartó voluntariamente de la ley con el claro propósito de favorecer a un puñado de conocidos suyos⁵⁶ y a su esposa.

En este orden, emerge diáfano el compromiso penal atribuible a **CALIMEÑO MENA**, en tanto valorado el contenido del acto censurado, objetivamente se revela en sí mismo absurdo e injustificado y, por tanto, fruto de la intención de apartarse de los mandatos normativos llamados a regular el asunto.

⁵⁶ El propio acusado en diligencia de versión libre afirmó que conocía a todos y cada uno de los beneficiarios de los actos administrativos y así lo corroboran en sus declaraciones Antonio Naboyan Ramírez, Domingo Ramos Palacio, Arinda Ramos Ibarguen y Yasdi Patricia Mena Córdoba. Si bien a Harly Rafael Leudo Paz no se le preguntó en concreto si conocía al acusado, de sus respuestas se infiere que ello es así.

**5.1.2. Del interés personal del acusado en el asunto
puesto a su consideración.**

El artículo 40 de la Ley 734 de 2002 establece:

“Artículo 40. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

Acorde con las pruebas recaudadas, resulta innegable el interés personal que le asistía a **BISMARCK CALIMEÑO MENA** en la declaración contenida en la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005. Así lo revela el registro civil de matrimonio con indicativo serial 4057883⁵⁷, que da fe de que el aquí procesado contrajo matrimonio el 28 de diciembre de 1990 con Carmen Rosa Ángela Rodríguez Santana, identificada con cédula de ciudadanía 51664925, misma que aparece como una de las beneficiarias del reconocimiento prestacional ilegal atribuido al acusado.

Tal conducta desconoció el claro mandato contenido en la norma en cita, conforme con el cual el acusado estaba impedido para intervenir en el asunto, dado el evidente conflicto entre el interés particular y concreto de su cónyuge y el suyo propio, con el interés general que debía regir el ejercicio

⁵⁷ Folio 106, C.O.1

de la función pública a él encomendada, con independencia de que Carmen Rosa Ángela Rodríguez fuera o no reclamante legítima de las prestaciones reconocidas por aquél.

En cuanto a las explicaciones que ofrece el acusado en torno a haber pasado inadvertido que dentro de los beneficiarios del acto administrativo se encontraba su esposa, difícilmente puede aceptarse una tal omisión cuando en la misma resolución se consignan de forma clara y legible los nombres de los siete favorecidos con el reconocimiento prestacional y el monto a pagar a cada uno de ellos por dicho concepto, siendo la suma liquidada a Carmen Rosa Ángela Rodríguez la más alta allí consignada.

Contrario a ello, ha de afirmarse que las reglas de la experiencia indican que, en razón a la convivencia en pareja y los lazos de solidaridad, apoyo y respaldo mutuos que surgen con ocasión del vínculo conyugal, es normal que los miembros de la pareja enteren al otro de las decisiones que adoptan, tales como la de iniciar una reclamación administrativa con ocasión de presuntas prestaciones laborales insolutas.

Incluso, suele suceder que este tipo de actuaciones de naturaleza económica se consulten previamente, dado que afectan por igual al núcleo familiar. Si ello es así en condiciones normales, cómo entender que el acusado desconociera la existencia de la reclamación administrativa iniciada por su esposa, si era precisamente a él a quien le correspondía, en virtud de sus funciones, resolverla.

En este orden, preciso es concluir que, a pesar de la manifiesta contrariedad del acto con el ordenamiento jurídico, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** procedió a suscribirlo, a sabiendas que con ello desconocía el claro sentido de la ley.

5.1.3. Ausencia de certificado de disponibilidad presupuestal.

El artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), establece que *“todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deben contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de recursos suficientes para atender el gasto”,* de ahí que ninguna autoridad pueda *“contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados”.*

El artículo 352 Superior, por su parte, dispone que el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales y demás entes descentralizados de cualquier nivel, están sometidos a las normas constitucionales sobre la materia y a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, respecto de la programación, aprobación, modificación y ejecución presupuestal. En concreto, frente a las entidades territoriales del orden departamental, el numeral 7° de su artículo 305 consagra que los gobernadores no podrán, con cargo al tesoro público departamental, *“crear obligaciones que excedan el*

monto legal fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-337 de 1993, indicó que *“Los principios consagrados en el estatuto orgánico del presupuesto, son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la Ley Orgánica y determinantes de la Ley anual de presupuesto”*. Dentro de tales principios se encuentra precisamente el de *universalidad*, conforme con el cual, el presupuesto de las entidades públicas debe contener la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar en la vigencia fiscal respectiva, por manera que ninguna autoridad puede efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al tesoro o transferir crédito alguno que no figure en aquél.

Bajo este panorama, fácil es advertir que la exigencia de disponibilidad es un requisito predicable para la ejecución de toda partida presupuestal de naturaleza pública. Se trata de un instrumento protector del principio de legalidad del gasto, encaminado a evitar que la administración, ya sea central, territorial o entes descentralizados, adquieran obligaciones con cargo al erario que excedan el monto global fijado en el presupuesto para la respectiva vigencia fiscal.

Por tanto, el requisito de disponibilidad presupuestal se justifica como mecanismo de protección de los recursos destinados a la realización de los fines del Estado, propósito

que se vería truncado si los ordenadores del gasto tuvieran la facultad de comprometer sin obstáculos sumas superiores a las incorporadas en el respectivo presupuesto, pues fácilmente podrían superarse los recursos disponibles y a la postre, resultar insuficientes los recursos para atender los gastos y obligaciones contraídas por aquellos.

De ahí que se exija que previo a adquirir cualquier compromiso con cargo al presupuesto, obre el certificado de disponibilidad presupuestal que otorgue certeza sobre la existencia de los recursos necesarios para cumplir el débito. Así, todo acto administrativo que comprometa apropiaciones presupuestales debe contar con certificado de disponibilidad presupuestal y cualquier compromiso adquirido con desconocimiento de dicha obligación, genera responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal.

Dicho deber no se cumplió por parte del aquí acusado al expedir la Resolución 517 de 2005, pues según se advierte en su parte resolutive, artículo tercero, *"lo ordenado en la presente resolución será cancelado con recursos de liquidación de la Ley 60 de 1993"*, esto es, la erogación no se imputó a partida alguna del presupuesto departamental, sino que de forma impropia se atribuyó a los recursos contemplados en la norma allí citada.

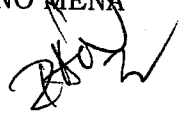
La ley 60 de 12 de agosto de 1993, *"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política"*, asignó a los departamentos -entre

otras funciones relacionadas con el servicio de salud- la dirección y administración directa del servicio de educación en los niveles de preescolar, básica primaria, secundaria y media vocacional, así como la administración, programación y distribución de los recursos del *situado fiscal*⁵⁸ para la prestación de los servicios educativos.

Con dicho propósito, la Ley dispuso la incorporación de los Fondos Educativos Regionales a la estructura administrativa de las entidades territoriales, indicando expresamente que *“Los recursos del situado fiscal para educación cedido a los departamentos y distritos, serán girados por la Nación a los Fondos Educativos Departamentales o Distritales”* (artículo 19, inciso 3°, Ley 60 de 1993), y para su administración, las entidades territoriales *“organizarán en su presupuesto cuentas especiales independientes para salud y los Fondos Educativos Regionales Departamentales o las cuentas que correspondan en los municipios para educación, que se manejarán con unidad de caja, sometidas a las normas del régimen presupuestal y fiscal de la entidad territorial respectiva (...).”*

A la par, la Ley en cita dispuso expresamente que el situado fiscal *“se incorporará a los presupuestos de las entidades territoriales y el ejercicio del control fiscal sobre dichos recursos corresponderá a las autoridades territoriales competentes”* (numeral 5°, artículo 18 ídem).

⁵⁸ Según la versión original del artículo 356 de la Constitución Política, el Situado Fiscal consistía en el porcentaje de ingresos corrientes de la Nación cedidos a los departamentos, el Distrito Capital y los Distritos Especiales, para la atención directa de los servicios de salud y educación. Este artículo fue modificado mediante Acto Legislativo 01 de 2001, que suprimió el Situado Fiscal y lo reemplazó por el Sistema General de Participaciones.



Ahora bien, con la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2001⁵⁹, que suprimió el situado fiscal y lo reemplazó por el Sistema General de Participaciones- SGP, los recursos destinados a las entidades territoriales para la financiación de los servicios públicos asignados a aquellas por la Ley 715 de 2001, están conformados así: una participación con destinación específica para educación, una participación con destinación específica para salud y una participación de propósito general para agua potable y saneamiento básico.

Estos recursos se transfieren directamente a los departamentos y distritos, deben incorporarse a su presupuesto anual, en cuentas especiales e independientes de los demás rentas y recursos de la entidad territorial y para su ejecución, deben cumplirse con las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto, entre ellas, la exigencia de certificado de disponibilidad presupuestal previo a la asunción de obligaciones por parte del ordenador del gasto.

En este orden, es claro que al asignar el pago de la sanción moratoria dispuesta en la Resolución 517 de 2005 "*a los recursos de la liquidación de la Ley 60 de 1993*", **BISMARCK CALIMEÑO MENA** desconoció las reglas para la distribución de los recursos contempladas en el mismo mandato legal, pues ya fuera mediante el antiguo situado fiscal o a través del sistema general de participaciones, emerge clara la necesaria incorporación de los recursos transferidos por la Nación al presupuesto de las entidades territoriales y, de contera, la

⁵⁹ Con vigencia a partir del 1 de enero de 2002.

obligación de abstenerse de adquirir obligaciones con cargo a dichos recursos sin la correspondiente disponibilidad presupuestal.

Ello, con independencia de que se tratara del pago de una sanción, pues aun tratándose de una eventualidad, los recursos dispuestos para esta clase de erogaciones debían estar disponibles en el presupuesto de la entidad para el respectivo año fiscal bajo algún rubro que así lo permitiese, bien como gastos generales, servicios personales e incluso, de indemnizaciones laborales, como suele ocurrir para este tipo de contingencias.

En suma, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** se apartó voluntariamente del mandato impuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, que impone la necesidad de disponibilidad presupuestal previa a la ejecución de dineros públicos, desconociendo incluso la misma norma que invoca el acto administrativo como fuente de los recursos a comprometer (Ley 60).

5.1.4. No urgencia de pronunciamiento.

Finalmente, se le reprocha a **CALIMEÑO MENA** que a pesar de que la petición no revestía de urgencia alguna, hubiera procedido a reconocer la sanción moratoria excediendo sus facultades como gobernador encargado, contrariando, en sentir de la Fiscalía, el contenido del artículo 93 del Decreto 1222 de 1986.

El citado artículo, por su parte, indica que *“La residencia habitual del Gobernador será la capital del Departamento, pero puede ausentarse de ella en ejercicio de sus funciones y con permiso o por orden del Gobierno, por razones de buen servicio público. Cuando se ausente dejará encargado del despacho para asuntos urgentes a uno de sus secretarios”*. (Énfasis fuera de texto).

Con fundamento en el anterior precepto normativo, afirma la Fiscalía que el acusado actuó abusando de la función pública temporalmente encomendada, en tanto solo podía ejercerla para aquellos asuntos urgentes de que trata la norma. No obstante, la Sala Especial disiente de la interpretación y el alcance que le da el ente acusador a este ingrediente, pues el mandato legal no aclara qué debe entenderse por asuntos urgentes, ni la materia ha sido objeto de regulación en alguna otra norma que le otorgue contenido a dicho concepto.

La interpretación del aparte normativo tampoco ofrece certeza sobre la intención del legislador, en tanto bien puede aducirse que se entiende por *“urgente”* cualquier actividad que impida la parálisis del servicio público o que contribuya al cumplimiento oportuno de las tareas constitucionales y legales encomendadas a la primera autoridad territorial. Así las cosas, sin desconocer la situación de interinidad en la que se encontraba **CALIMEÑO MENA** cuando expidió el acto administrativo que aquí se le censura, nada indica que el ejercicio de las funciones a él encargadas tuviera alguna limitante.

En conclusión, sobre este específico aspecto de la conducta endilgada a **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, entiende la Sala no demostrada su abierta y ostensible ilegalidad, sin que ello tenga trascendencia en el sentido del presente fallo, en tanto las restantes circunstancias desconocedoras del ordenamiento jurídico se mantienen, conforme se dijera en los acápites precedentes.

6. Del peculado por apropiación.

Este delito se encuentra descrito en el artículo 397 del Código Penal, así:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Conforme con el mandato transcrito, para la estructuración del delito de peculado por apropiación se requiere: i) un sujeto activo calificado -servidor público-; ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

En punto del sujeto activo calificado, la nutrida jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha decantado que en éste *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”*⁶⁰, por manera que el acto de apropiación puede ocurrir bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o en razón del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza⁶¹.

Se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien público es objeto de un acto externo de disposición que evidencia el ánimo de apropiárselo⁶², esto es, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o*

⁶⁰ CJS SP18532-2017, Rad. 43263

⁶¹ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021

⁶² CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188

de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”⁶³.

En decisión SP9235-2017, Rad. 49020, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en relación con el momento consumativo de la conducta de peculado por apropiación con ocasión de decisiones judiciales, igualmente aplicable al caso bajo estudio, sostuvo:

(...) sin perjuicio de que no se precise para su estructuración la producción de un resultado, sí exige la acción de apropiarse⁶⁴ 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 más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado”⁶⁵.

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 “sustraе el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”⁶⁶. 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

⁶³ CJS SP18532-2017, Rad. 43263

⁶⁴ “tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad”. Diccionario Usual. Real Academia Española

⁶⁵ CSJ SP, 20 feb. 2013, Rad. 39353. También CSJ. SP, 2 jul. 2014. Rad. 39356.

⁶⁶ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

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.

De los presupuestos de hecho previamente relatados se advierte, en relación con el primero de los requisitos, que en este caso no ofrece controversia que **BISMARCK CALIMEÑO MENA** cometió la conducta atribuida en desempeño del cargo de gobernador encargado del Departamento del Chocó; y que en ejercicio de las funciones temporalmente atribuidas, suscribió la Resolución 0517 de 14 de abril de 2005, en la cual reconoció a terceros -de forma arbitraria e ilegal-, una sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales con cargo a los recursos del ente territorial, rubros sobre los cuales gozaba de disponibilidad dada su condición de ordenador del gasto.

Si bien la orden de pago emitida por el acusado no fue acatada por la administración departamental, la resolución fue aportada como título de recaudo en un proceso ejecutivo laboral iniciado por sus beneficiarios contra la administración departamental cuatro años después, proceso que adelantó inicialmente el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, que en auto de 20 de enero de 2009⁶⁷ libró mandamiento de pago a favor de los allí demandantes y dispuso, como medida cautelar, “el embargo y retención de los dineros que tenga o llegare a tener el DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ FED en el Banco Popular en las cuentas No. 380-011486 denominada Sistema General de Participación, 380-045310 Prima de Servicios, 380-045320 Prima de Navidad, Banco Agrario de Colombia 330-

⁶⁷ Folio 29 y s.s., cuaderno anexo No. 2.

300017256 denominada Sistema General de Participaciones, hasta la suma de CUATROCIENTOS DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$417.433.140)".

La medida cautelar se informó en la misma fecha a los bancos Agrario y Popular, sin que al parecer las entidades financieras realizaran retención alguna de dineros por este concepto, pues según se advierte en el expediente del proceso ejecutivo laboral⁶⁸, a órdenes del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó no se constituyó título judicial alguno en razón de la medida cautelar dispuesta⁶⁹.

En cuanto al trámite adelantado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito -despacho que asumió la competencia con ocasión del impedimento declarado por el entonces Juez Primero homónimo-, si bien allí se dispuso el embargo y retención de los dineros de las cuentas 4-3303-201022-6 y 3330-30000255-9 de la Gobernación del Chocó; de los dineros, saldos o remanentes que se llegaren a desembargar dentro del proceso ejecutivo 2007-0370 y ejecutivo laboral 2010-0188; así como de las rentas que por concepto de impuesto al consumo de licor y cigarrillos debían transferir al departamento la Industria Licorera de Caldas, Cervecería del Valle S.A., Bavaria S.A., Cervecería Unión S.A., Enalía Ltda., y la Fábrica de Licores y alcoholes de Antioquia⁷⁰, con relación a estas tampoco se adelantaron retenciones, siendo finalmente revocadas por el Tribunal Superior de Quibdó en decisión de 30 de junio de

⁶⁸ Copia íntegra del expediente obra en el cuaderno anexo No. 2

⁶⁹ Auto de 18 de octubre de 2011, folio 252 cuaderno anexo No. 2

⁷⁰ Auto de 20 de enero de 2011, visible a folio 142 del cuaderno anexo No. 2

2011, en la cual declaró probada la excepción de inexistencia del título base de recaudo⁷¹.

Bajo este panorama, concluye la Sala que por intermedio de las Resoluciones 043 (ó 028, según se trate) y 0517 de 2005, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** reconoció arbitrariamente una acreencia a cargo de la administración departamental, comportamiento que sin duda constituye un acto ejecutivo que dio inicio a la conducta desvalorada, en tanto dispuso el destino de unos recursos respecto de los cuales ostentaba la disponibilidad jurídica y que, en tal virtud, serían despojados de su función pública para satisfacer intereses de particulares, entre ellos, el de su cónyuge.

Sin embargo, ese acto dispositivo no se concretó en actos materiales de apropiación. En principio, porque con ocasión de la orden de reconocimiento de prestaciones sociales emitida por el acusado no se efectuó pago alguno por parte de la administración departamental. Y al ser intentado el pago por la vía ejecutiva, las medidas cautelares de embargo y retención de dineros adoptadas por los Juzgados Laborales del Circuito que adelantaron la actuación judicial no se materializaron, siendo finalmente revocadas en segunda instancia, de ahí que, estima la Sala, la conducta se quedó en su fase tentada.

Así, pese a que los actos dispositivos sobre las rentas del departamento finalmente no se concretaron en actos de apropiación, la orden de pago de prestaciones sociales que ilícitamente reconoció **CALIMEÑO MENA** constituye

⁷¹ Folio 233, cuaderno anexo No. 2.

presupuesto previo y sustancial para su reclamación judicial por la vía ejecutiva, siendo entonces el acusado quien con la emisión del acto administrativo propició el comienzo de la apropiación indebida de recursos públicos por parte de terceros, resultado lesivo que finalmente no se materializó por causas ajenas a su voluntad.

Tal conducta, huelga aclarar, no concursa con el punible de fraude procesal, en tanto el *inducir en error a servidor público*, que constituye la conducta desvalorada de ésta última categoría delictual, no le es atribuible a **CALIMEÑO MENA**, habida cuenta de que quienes pretendieron obtener una sentencia contraria a la ley fueron sus beneficiarios, al presentar la demanda ejecutiva laboral varios años después de emitido el acto administrativo espurio, sin que obre prueba o hecho indicativo de que el aquí procesado concurrió con su comportamiento a la materialidad del mencionado delito, como coautor o partícipe.

En relación con el aspecto subjetivo de la conducta, ha de predicarse que sus elementos volitivo y cognitivo se satisfacen a cabalidad. **BISMARCK CALIMEÑO MENA** sabía que el acto administrativo que suscribía reconocía un crédito a cargo del presupuesto del departamento y a favor de terceros, según él mismo lo admite en su interrogatorio en audiencia de juzgamiento, acreencia cuya titularidad no estaba debidamente acreditada como claramente se advierte de los documentos aportados para su reconocimiento. Pese a ello, **CALIMEÑO MENA** optó por reconocer la sanción moratoria y ordenar su pago, a sabiendas que esa resolución contenía una obligación

expresa, clara y exigible, cuyo cumplimiento podía perseguirse judicialmente, como en efecto ocurrió.

Así, a pesar de las obligaciones que le imponía el ejercicio de la función de ordenación del gasto del Departamento del Chocó, con pleno conocimiento del interés general que debía inspirar el manejo presupuestal de la entidad y de la ilicitud del reconocimiento prestacional realizado, dirigió su actuar de manera voluntaria a afectar el patrimonio de la entidad para favorecer a terceros.

En este orden, la ligereza con la que adquirió un compromiso presupuestal a cargo de la entidad pública cuya representación detentaba de manera precaria, solo evidencia la intención positiva del procesado encaminada a disponer arbitrariamente de los recursos públicos a él temporalmente confiados.

7. De la antijuridicidad.

Según tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, los delitos de falsedad documental atentan contra la fe pública, entendida ésta como *“la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes”*⁷². Se trata, en consecuencia, de un bien jurídico que tiene por propósito la protección de la sociedad en general, en tanto es a través de tales instrumentos que se desarrolla gran parte del

⁷² CSJ SP 5 Mar 2014, Rad. 36337

tráfico jurídico entre particulares, y entre éstos y las autoridades públicas, de ahí la necesidad de garantizar su fidelidad y la confianza de los asociados en las declaraciones que contienen.

En este orden, la alteración de la verdad en un documento se hace merecedora de reproche penal cuando éste tenga aptitud para crear, extinguir o modificar una relación jurídica a la cual le sirve de prueba, siempre que medie la demostración de un daño concreto, circunstancia en la que estriba su antijuridicidad material. No basta, entonces, con la simple alteración de la verdad, deben concurrir –además– la idoneidad probatoria del documento y el perjuicio real o material ocasionado a la relación jurídica que a través suyo se acredita.

En cuanto tiene que ver con los delitos que atentan contra la administración pública, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SP9087-2014, rad. 39.356, reiterada en CSJ SP740-2015, rad. 39.417, sostuvo:

“la administración pública es un bien jurídico que, de una parte, protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado ante actos de apropiación o uso indebido, o frente a comportamientos en los cuales el servidor público no obra conforme al deber de cuidado que le es exigible en defensa del patrimonio público.

(...)

La Administración Pública como bien jurídico institucional, según se indicó, tiene una concepción jurídica polivalente, pues desde una perspectiva dinámica protege los valores de la administración, tales como el interés general, eficiencia, economía, imparcialidad, etc., y de otra los bienes del Estado. Por lo tanto, dado que la conducta se entiende como un proceso de interferencia intersubjetivo, el delito de prevaricato tutela la adjudicación relativamente justa de los principios y de las normas de derecho a un conflicto que se somete a

su consideración, mientras que el delito de peculado tiende a la protección de los bienes del Estado, de tal manera que las conductas se distinguen no solamente por su contenido, sino por el bien jurídico que protegen”.

Acorde con lo expuesto, el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el título XV del Código Penal tiene una doble connotación: de un lado, protege el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines del Estado, en garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y de otro, propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado, esto es, aquellos destinados por el Estado para el acatamiento de esos mismos fines.

En el caso en concreto, ninguna duda le asiste a la Sala frente a la lesividad de los comportamientos atribuidos a **BISMARCK CALIMEÑO MENA**.

En efecto, mediante la emisión de un acto administrativo de carácter particular y concreto en el que se consignó una falsedad, en el sentido de que sus beneficiarios tenían derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, el acusado, de forma ilegal y arbitraria, creó un crédito a cargo de la administración departamental del Chocó que, por ser claro, expreso y exigible, sirvió como título de recaudo en un proceso ejecutivo laboral.

En tal medida, el instrumento cuestionado sirvió como fuente de una obligación ficticia, que por dicho medio mutó la relación jurídica entre el Departamento del Chocó y los beneficiarios del acto administrativo, a quienes les otorgó el status de exempleados con todos los derechos y prestaciones sociales que de tal condición se derivan, incluyendo el pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales, pese al vínculo precario que en realidad los cobijaba dada su condición de contratistas.

Ahora, al tratarse de una forma de manifestación de la voluntad de la administración con la potencialidad de crear, modificar o extinguir obligaciones, debía reflejar de manera fidedigna la relación jurídica allí regulada, en protección de la confianza depositada por la sociedad en tales instrumentos. Al no hacerlo, la conducta aquí investigada lesionó intereses concretos de la colectividad, representados en la confianza que tales actos declarativos comportan en el tráfico jurídico, afectando la presunción de autenticidad predicable de estos.

La conducta censurada también lesionó sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, en tanto por sí misma supone el desvío del interés general que debe regir todas las actuaciones de las autoridades administrativas de cualquier orden. Por ello, teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** decidió en su lugar amparar intereses particulares de terceros, a quienes favoreció mediante el reconocimiento de derechos de los cuales no eran titulares con claro detrimento de los principios de igualdad,

transparencia, imparcialidad y objetividad de la función pública, comportamiento que sin duda socava la confianza de los asociados en las instituciones oficiales.

Aunado a lo anterior, al reconocer una inexistente obligación a cargo de la administración departamental, puso en riesgo efectivo el patrimonio de la Gobernación del Chocó, que se vio sujeta a una demanda ejecutiva laboral en la que se decretó como medida cautelar el embargo y retención de dineros de naturaleza pública y, en algunos casos, de destinación específica, coadyuvando con ello a la apropiación ilícita del erario público por parte de terceros, al haber ordenado el pago de emolumentos a los que aquellos no tenían derecho, en abandono de los cometidos asignados al manejo presupuestal de las entidades oficiales.

Con ello, desconoció el deber que le compelia a acatar las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado, omisión que socavó la confianza de los gobernados en el correcto ejercicio de la función pública, generando sensación de deslealtad, improbidad y falta de transparencia.

En suma, las conductas endilgadas al procesado además de típicas son antijurídicas por haber lesionado efectivamente los bienes jurídicos de la fe y de la administración públicas.

Ahora bien, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** pretende justificar su conducta aduciendo que se limitó a reconocer un derecho en cabeza de los extrabajadores del FER, a lo cual estaba compelido como primera autoridad administrativa del

departamento. No obstante, se aparta la Sala de tal postulado, pues con independencia de que sus beneficiarios tuvieran derecho a la liquidación de prestaciones sociales y, posteriormente, al reconocimiento de la sanción moratoria por no pago oportuno de aquellas, ello no lo autorizaba a alterar la verdad en las resoluciones de reconocimiento, con más veras si, como se ha aducido por la defensa material y técnica a lo largo de la actuación, se trataba de una reclamación legítima.

En este orden, mal puede justificar su proceder en un supuesto cumplimiento del deber legal de reconocer prestaciones laborales a quienes tenían derecho a acceder a ellas, argumento del que no puede hacer eco esta Sala, en tanto dicho reconocimiento entraña una arbitrariedad, al haberse proferido sin prueba de los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para su concesión. Es ahí donde estriba su ilicitud, con independencia –se reitera– de que los trabajadores tuvieran el derecho o no a reclamar sus prestaciones sociales y la sanción moratoria derivada del no pago oportuno de las mismas.

En tal virtud, emerge equivocado el argumento de que la infracción no comporta una afectación desproporcionada de los bienes jurídicos tutelados. Por el contrario, resulta altamente censurable que pese a tan claros mandatos legales que buscan blindar la moralidad de la función pública, sin ningún tipo de recato se ponga aquella al servicio de los intereses personales de quien ostenta una determinada investidura.

No se trata, entonces, de una conducta intrascendente que encuentra respuesta punitiva adecuada en el régimen disciplinario, carente de antijuridicidad material o constitutiva de un abuso de autoridad. Comporta, por el contrario, el abierto desconocimiento de diáfanos mandatos legales y que, por lo mismo, encuentran su lesividad en su propia disconformidad con el ordenamiento jurídico.

En conclusión, las conductas típicas desplegadas por **BISMARCK CALIMEÑO MENA** son igualmente antijurídicas, en tanto lesionaron de manera real y efectiva los bienes jurídicos de que tratan los títulos IX y XV del Código Penal.

8. De la culpabilidad.

Para la Sala, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

En efecto, no se tiene noticia de que el procesado hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, sus intervenciones en el debate penal, tanto en su versión libre, como en su indagatoria e interrogatorio en juicio, permiten afirmar que para el momento de la comisión del punible no padecía de patología transitoria o permanente que

le impidiera comprender la naturaleza de las conductas a él atribuidas, por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Aunado a lo anterior, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** tenía plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada, dada su formación profesional como abogado, con estudios de postgrado en gerencia y su vasta experiencia en la administración pública, como Secretario General de la Gobernación del Chocó y varias veces gobernador encargado⁷³.

Tales circunstancias le permitían conocer que el acto administrativo suscrito por él contenía una falsedad, alteración de la verdad que resultaba evidente con la simple lectura de su contenido. Era conocedor, además, que dicho instrumento tenía la condición de documento público, al ser suscrito en ejercicio de sus funciones, y que contaba con la potencialidad de servir de prueba de una situación jurídica relevante: la titularidad de derechos prestacionales en cabeza de algunos excolaboradores del Fondo Educativo Regional del Chocó, instrumento que, por lo mismo, era exigible judicialmente.

Pese a ello, **BISMARCK CALIMEÑO MENA** optó por suscribir el documento público a sabiendas de su ostensible contrariedad con la ley, según se infiere de la notoria ausencia de fundamento fáctico y jurídico del que hace gala el acto

⁷³ Según afirmó en la versión libre y, posteriormente, en la diligencia indagatoria, obtuvo el título de abogado otorgado por la Universidad Autónoma de Colombia y cuenta con estudios de postgrado como Especialista en Gerencia de la Universidad Luis Amigó. Ejerció el litigio por aproximadamente 10 años, hasta el año 2003; en el 2004 se vinculó a la Gobernación del Chocó como Secretario General, cargo que desempeñó hasta mayo de 2005, lapso en el que estuvo encargado de la Gobernación al menos en 15 oportunidades.

administrativo, su evidente contradicción con las normas en que debía sustentarse, la motivación falaz y casi inexistente sobre la procedencia del reconocimiento de las acreencias laborales a que se contrae y la valoración amañada de los escasos medios de prueba invocados como sustento de aquellas, todas estas circunstancias que permiten arribar a la certeza sobre la arbitrariedad que encarnan.

Su formación profesional le permitía saber que la Resolución 0517 de 2005 contenía una obligación clara, expresa y exigible, tal y como se evidencia del hecho que fue él mismo quien suscribió la constancia de primera copia en el anverso del documento, consignando allí que prestaba mérito ejecutivo, en razón de la cual podía ser utilizada como base de recaudo del crédito por vía judicial, siendo previsible la imposición de medidas cautelares como garantía del pago de la presunta obligación insoluta.

En este orden, bien había podido el procesado abstenerse de ejecutar los comportamientos típicos, emitiendo un acto administrativo que reflejara el análisis ponderando sobre la titularidad de las prestaciones aludidas y la naturaleza del vínculo laboral de cada beneficiario, cumpliendo así con su deber de consignar la verdad en el acto administrativo, resolviendo su petición dentro del preciso marco de la legalidad y sin poner en riesgo los recursos cuya administración se le había confiado.

Contrario a ello, accedió sin más a lo pretendido por los peticionarios, revelando con ello el afán no de cumplir con sus

deberes como mandatario departamental sino de favorecerlos, durante los lapsos en que detentó provisionalmente tal calidad. A tal conclusión se arriba al verificar que las resoluciones reconociendo y ordenando el pago de las pretensiones de los extrabajadores del FER coinciden con los cortos períodos en que **CALIMEÑO MENA** estuvo fungiendo como gobernador encargado, peticiones que, además, fueron resueltas sin los soportes documentales necesarios para concederlas, circunstancias que refuerzan el ánimo jurídicamente desaprobado que motivó el acto, al revelar que para obtener una respuesta favorable a sus pretensiones los extrabajadores requerían que el gobernador encargado las avalara con su firma sin oposición alguna.

9. De la responsabilidad.

En este orden, acreditada la materialidad de las conductas punibles imputadas, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad de que se hace merecedor **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, pues, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera, dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica, no queda camino distinto que concluir que el acusado es penalmente responsable por ella.

10. Dosificación punitiva.

A voces del artículo 31 del Código Penal, quien con su conducta activa u omisiva infrinja diversas disposiciones de la

ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sujeto *“a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto”*, sin que sea superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas individualmente consideradas.

Siguiendo los parámetros previamente aludidos, con el propósito de determinar la pena más grave según su naturaleza, es necesario adelantar el proceso de individualización de la pena imponible para cada una de las conductas concursales, de conformidad con las reglas consagradas en los artículos 60 y 61 del estatuto penal.

En dicha labor, la Sala tomará como referencia para establecer el *quantum* punitivo las penas consagradas en los artículos 286, 397 y 413 de la Ley 599 de 2000, sin el aumento general de penas consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Si bien en decisión CSJ SP379-2018 (radicado 50472), la Sala de Casación Penal varió su posición en torno a la aplicación de los aumentos generales de pena de la Ley 890 de 2004, concluyendo que para hechos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2005 aplican los incrementos punitivos del artículo 14 ídem, incluso si el proceso se adelanta conforme la Ley 600 de 2000, tal criterio se aplica –conforme su teleología– a aquellos asuntos en que se disponga la aplicación favorable de los beneficios punitivos del sistema de *justicia premial* consagrado en la Ley 906 de 2004, que no es el caso, pues **BISMARK CALIMEÑO MENA** no ha manifestado su

intención de acogerse a ningún mecanismo de terminación anticipada o de colaboración eficaz.

10.1. El tipo de **falsedad ideológica en documento público** –art. 286 del C.P.- contempla una pena privativa de la libertad de 48 a 96 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 60 a 120 meses, cifras que constituyen los límites mínimo y máximo de la infracción, teniendo en cuenta que en la resolución de acusación no se imputó la agravante consagrada en el artículo 290 ídem, pese a ser clara su configuración por el uso dado al documento espurio.

Así, la pena de prisión tiene un ámbito de movilidad de 48 meses (96-48=48); mientras que la pena de inhabilitación de 60 meses (120-60=60), los que divididos entre cuatro conforman los siguientes cuartos punitivos:

| PENA | ¼ MÍN. | 1º ¼ MEDIO | 2º ¼ MEDIO | ¼ MÁX |
|----------------|---------|------------|------------|-----------|
| Prisión | 48-60 m | 60-72 m | 72-84 m | 84-96 m |
| Inhabilitación | 60-75 m | 75-90 m | 90-105 m | 105-120 m |

Conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, como en el presente asunto la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad y, por el contrario, obra en favor del procesado la circunstancia de atenuación de que trata el numeral 1º del artículo 55 ídem, se ubicará la Sala en el cuarto mínimo y dentro de éste, impondrá la pena de 50 meses de prisión, equivalente a un incremento del 4.16% sobre la pena mínima. En la misma proporción se incrementará el mínimo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas, la cual se fija en 62 meses y 14 días.

Dicho incremento, sustentado en la gravedad de la conducta punible, en tanto no solo se alteró la verdad consignada en un acto administrativo, con el fin de otorgar arbitrariamente a terceros prestaciones sociales cuya procedencia adolecía de sustento fáctico y jurídico, sino que para ello se duplicó una Resolución legalmente expedida con otro objeto.

Aunado a lo anterior, considera la Sala el daño real causado, en la medida en que el acto administrativo espurio fue utilizado como título de recaudo en un proceso ejecutivo laboral, mediante el cual se pretendió materializar la obligación prestacional arbitrariamente reconocida.

Finalmente, el incremento también obedece a la intensidad del dolo, el cual se patentiza en la consignación en el cuerpo del instrumento censurado, de sendas resoluciones que no responden al objeto allí anotado y que servían de fundamento a la prestación reconocida, a la par de la evidente heterogeneidad de las resoluciones rotuladas 0517 de 14 de abril de 2005 que reconocían la sanción moratoria, en tanto a pesar de la evidente disparidad, el procesado las suscribió de tal manera.

10.2. De otro lado, el artículo 413 del Código Penal contempla, para el delito de **prevaricato por acción**, una pena de prisión de 36 a 96 meses, multa de 50 a 200 salarios

mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 60 a 96 meses. Los ámbitos de movilidad de las penas de prisión, multa e inhabilitación corresponden a 60, 150 y 36 meses, respectivamente, arrojando los siguientes cuartos punitivos:

| PENA | ¼ MÍN. | 1º ¼ MEDIO | 2º ¼ MEDIO | ¼ MÁX |
|----------------|---------|------------|------------|-----------|
| Prisión | 36-51 | 51-66 | 66-81 | 81-96 |
| Inhabilitación | 60-69 | 69-78 | 78-87 | 87-96 |
| multa | 50-87.5 | 87.5-125 | 125-162.5 | 162.5-200 |

Atendiendo las circunstancias ya anotadas, la Sala ha de ubicarse en el cuarto mínimo y dentro de éste, impondrá 38 meses de prisión, multa de 52.75 S.M.L.M.V., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 63 meses y 10 días, cifras que representan un incremento equivalente al 5.5% sobre la pena mínima.

Incrementos estos representados en la gravedad de la conducta, dada por el cúmulo de irregularidades advertidas que emergen evidentes del contenido de la Resolución, al punto de que su manifiesta ilegalidad no llama a equívocos. Aunado a lo anterior, ha de considerarse el daño real causado, dada la afectación cierta del bien jurídico protegido con ocasión del reconocimiento arbitrario de derechos subjetivos, en desmedro de la presunción de legalidad predicable de esta clase de actos administrativos. Finalmente, se advierte la intensidad del dolo que motivó el actuar del procesado, dada la indiscutible ausencia de sustento fáctico y jurídico que impedía el reconocimiento del derecho que involucra, amén de la ausencia del certificado de disponibilidad exigible para todo acto de

ejecución presupuestal y el inocultable interés personal que representaba la actuación para el procesado, en tanto una de las beneficiarias es su cónyuge.

10.3. Por su parte, el delito de **peculado por apropiación** (inciso 2° del artículo 397 del Código Penal)⁷⁴, prescribe una pena privativa de la libertad de 72 a 270 meses⁷⁵, multa equivalente al valor de lo apropiado (sin superar 50.000 smlmmv) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la prisión. Sin embargo, como quiera que dicha conducta se quedó en la fase tentada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 ídem esos límites se ven afectados, quedando finalmente de 36 a 202 meses y 15 días.

En este orden, el ámbito de movilidad resultante es de 166.5, cifra que dividida entre cuatro arroja los siguientes cuartos punitivos:

| PENA | ¼ MÍN. | 1º ¼ MEDIO | 2º ¼ MEDIO | ¼ MÁX |
|---------|----------|--------------|---------------|--------------|
| Prisión | 36-77.62 | 77.62-119.24 | 119.24-160.87 | 160.87-202.5 |

Como se dijera desde un principio, no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, lo que obliga a la Sala a ubicarse en el cuarto mínimo. Dentro de éste se impondrá la pena mínima, 36 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, atendiendo el criterio dispuesto en el inciso 4° del artículo 61

⁷⁴ Artículo 307, inciso 2°: “si lo apropiado supera un valor de doscientos (22) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁷⁵ En concordancia con lo dispuesto en el numeral 2°, artículo 60, del Código Penal.

del Código Penal, vale decir, el grado de aproximación de la conducta desplegada al momento consumativo del delito.

En cuanto a la multa, su cuantía se fijó en la resolución de acusación en setecientos cincuenta y nueve punto noventa y seis salarios mínimos legales mensuales vigentes (759.96 smlmv).

Individualizadas las penas imponibles respecto de cada uno de los delitos imputados, se advierte que la pena más grave según su naturaleza es la correspondiente al delito de falsedad en documento público, a partir de la cual habrá de calcularse el incremento de *“hasta en otro tanto”* por razón de las conductas concurrentes.

Así, la pena de prisión de 50 meses dispuesta para la falsedad ideológica en documento público, se incrementará en 4 meses con ocasión de la condena por el delito de prevaricato por acción⁷⁶, y 2 meses más por el peculado por apropiación en la modalidad tentada⁷⁷, quedando finalmente en **56 meses de prisión por el concurso de conductas punibles.**

Bajo el mismo criterio, a la pena de 62 meses y 14 días de inhabilitación dispuesta para el delito base, se incrementará en 4 meses 28 días por el delito de prevaricato por acción⁷⁸ y 2 meses y 14 días más por el peculado por apropiación⁷⁹, para un total de **69 meses y 26 días de**

⁷⁶ Equivalentes a un incremento de 8% sobre la pena de prisión individualizada para el delito base.

⁷⁷ Equivalentes a un incremento de 4% sobre la pena de prisión individualizada para el delito base.

⁷⁸ Equivalente a un incremento de 8% sobre la pena de inhabilitación individualizada para el delito base.

⁷⁹ Equivalente a un incremento de 4% sobre la pena de inhabilitación individualizada para el delito base.

inhabilitación en el ejercicio de aquellos derechos y funciones públicas previstos en el artículo 44 del Código Penal.

Pese a que por este medio se condena a **BISMARK CALIMEÑO MENA** por un delito que afecta el patrimonio del Estado (peculado por apropiación), no se impondrá la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, atendiendo la interpretación que de dicho precepto ha hecho la Corte Constitucional en sentencia C-064 de 2003, conforme su desarrollo legislativo en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

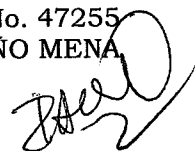
Artículo 38.- Otras inhabilidades.

(...)

Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

A partir de dicho aparte normativo, concluyó la Corte Constitucional que “El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior”.



En conclusión, si bien en el presente asunto el patrimonio del Estado padeció un riesgo directo, real y concreto a consecuencia de la conducta desvalorada de **CALIMEÑO MENA**, ese riesgo no se materializó en *menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro* alguno del patrimonio del Estado, razón por la cual no hay lugar a imponer la sanción intemporal de que trata el inciso 5° del artículo 122 Superior.

Finalmente, atendiendo lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 39 del Código Penal, las penas de multa acompañantes de la prisión se acumularán aritméticamente, sin exceder el equivalente a 50.000 smlmv. Así, a la multa de 52.75 salarios mínimos mensuales legales vigentes fijada para el delito de prevaricato por acción, se suma la dispuesta para el delito de peculado, estimada conforme las precisiones que hiciera la Fiscalía en torno a su cuantía en la resolución de acusación (759.96 smlmv), para un total de **812.44 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, suma que se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, al tenor de lo normado por el artículo 43 del Código Penal.

11. Mecanismos sustitutivos de la pena de prisión.

11.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

No hay lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta a **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, por

cuanto no se satisface el requisito objetivo de que trata el artículo 63 del Código Penal, que exige para su otorgamiento la imposición de una pena no superior a 3 años.

Si bien la modificación introducida al citado artículo por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo y, además, dos de los delitos por los que se procede se encuentran enlistados en el artículo 68A del Código Penal, que proscribe la suspensión condicional de la pena para determinados punibles. El incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

11.2. Prisión domiciliaria.

En virtud del principio de favorabilidad, el análisis que por dicho subrogado ha de adelantarse, debe hacerse de cara a los presupuestos exigidos en el artículo 38 del Código Penal original, norma vigente para la época de los hechos, y no en relación con las modificaciones introducidas al instituto a través de la Ley 1709 de 2014, porque si bien esta última aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, le resulta menos favorable al procesado, en tanto, a su vez, requiere que los delitos por los que se procede no estén incluidos en el inciso 2º del artículo 68A, presupuesto que en este caso no se cumple.

De otro lado, debe tenerse en cuenta, conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que el requisito

objetivo de la norma en comento, esto es, que la pena se imponga por *conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años o menos*, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, *incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad* (CSJ SP18912-2017, Rad. 46930).

Bajo tal panorama, el requisito objetivo dispuesto en la norma se cumple en el presente asunto, habida cuenta que los delitos por los que se declara penalmente responsable a **BISMARK CALIMEÑO MENA**, comportan una pena privativa de la libertad mínima inferior a cinco años, incluyendo el peculado por apropiación que, pese a partir de un quantum punitivo de 6 años, fue atribuido en la modalidad tentada, circunstancia que afecta su límite inferior en la mitad (36 meses), siendo entonces éste último el mínimo a considerar a efectos de verificar la procedencia del mecanismo sustitutivo.

En cuanto a las exigencias de naturaleza subjetiva, se requiere que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita deducir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Frente a tales aspectos, tiene dicho la Sala de Casación Penal:

«(...) sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no

superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita. En este sentido son abrumadores los antecedentes que propenden por integrar a la inferencia seria, fundada y motivada del juez, elementos propios de la conducta, cuando quiera que a través de ella se construye el juicio de ponderación sobre el influjo que podría tener en la comunidad y el cumplimiento de la pena» (CSJ SP, 9 Oct. 2013, Rad.40536, reiterada en AP2300-2018, Rad. 51536).

Conforme a lo anterior, el análisis a abordar por la Sala frente a la concurrencia de los presupuestos de naturaleza subjetiva, necesariamente habrá de referirse a la gravedad del comportamiento y las funciones llamadas a cumplir por la pena en el caso concreto, aspectos con fundamento en los cuales se sustenta el pronóstico sobre el peligro para la comunidad y el cumplimiento de la sanción.

En tal labor, la Sala considera necesario destacar que más allá de la lesividad intrínseca predicable de cada uno de los delitos atribuidos al procesado, apreciada en su conjunto la conducta reprochada a **BISMARCK CALIMEÑO MENA** se advierte de inusitada gravedad, no solo en razón de la afectación por igual de diversos bienes jurídicos tutelados -fe pública y administración pública-, sino por la repercusión social del comportamiento.

Así, que el procesado hubiera optado por favorecer a un pequeño grupo de extrabajadores del extinto Fondo Educativo Regional, todos de su círculo cercano -entre ellos su esposa-, alterando para ello la verdad en un acto administrativo para

reconocer arbitrariamente a aquellos prestaciones sociales cuya titularidad estaba en duda, demuestra el desapego total a los principios de moralidad, transparencia, eficacia e imparcialidad que estaba compelido a cumplir en el ejercicio de la función pública que detentaba, la cual puso al servicio no del interés general como le era exigible, sino de sus intereses particulares, sin el menor asomo de recato frente al público despliegue de ilegalidad que en sí mismo ese acto representaba, circunstancias indicativas de la poca estima que la dignidad por él ejercida le representaba.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que la actitud asumida por el procesado, en tanto con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto particular y concreto por él expedido, se plegó sin mayor análisis a las pretensiones de los beneficiarios, reconociendo *motu proprio* y sin reunirse las exigencias legales para ello, una sanción moratoria que si bien no se materializó en una defraudación a las arcas del departamento, sí las puso en peligro inminente.

Por ello, se estima que en punto de los criterios de retribución justa y prevención general asignados a la pena, no es viable reconocer a favor de **BISMARCK CALIMEÑO MENA** la sustitución de la prisión por domiciliaria, pues el desdén con que desempeñó las funciones propias del cargo impide hacer un diagnóstico favorable sobre el peligro que representa para la comunidad.

Por el contrario, demanda una respuesta punitiva efectiva del Estado, en especial, si se considera que los recursos

comprometidos en su accionar pertenecen a una entidad territorial tradicionalmente afectada por fenómenos de corrupción, con altos índices de pobreza y necesidades básicas insatisfechas, cuyos ciudadanos no entenderían justo o proporcionado que las lesiones a sus intereses colectivos por quien debía, en principio, defenderlos, sea premiada con la imposición de una sanción menos restrictiva del derecho a la libertad.

En suma, considera la Sala que el comportamiento debe recibir una sanción ejemplar acorde con el daño real y potencial causado, que restituya la confianza del conglomerado social en las instituciones jurídicas, razón por la cual se negará la medida sustitutiva.

12. Otras determinaciones.

12.1. Condena en perjuicios.

A voces del artículo 56 de la Ley 600 de 2000, *“en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar”*.

Como en el presente asunto no hubo actuación de parte civil, ni se acreditó que los hechos por los cuales se declara

penalmente responsable a **BISMARK CALIMEÑO MENA** hayan causado perjuicios materiales al ente territorial, se abstendrá la Sala de emitir condena en perjuicios.

12.2. Ejecución de la pena.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las penas aquí impuestas corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -reparto- del lugar donde se determine que habrá de purgar la pena el procesado. En consecuencia, una vez en firme, por secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

12.3. Comunicación otras autoridades.

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en firme, por secretaría se remitirán las copias del fallo a las autoridades pertinentes.

12.4. Orden de captura.

El artículo 188 de la Ley 600 de 2000 dispone que las providencias relativas a la libertad y detención, así como las que ordenan medidas preventivas deben cumplirse de inmediato. No obstante, en su inciso segundo determina que en los eventos en que se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse *cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la*

actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

En el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación, al resolver la situación jurídica de **BISMARCK CALIMEÑO MENA**, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. Así, pese a que en la presente decisión se niega –por las razones ya expuestas- la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la orden para hacer efectiva la prisión aquí dispuesta solo podrá emitirse una vez adquiriera firmeza el presente fallo, bien porque no se interponga recurso alguno contra éste, ora porque los interpuestos se declaren desiertos o se confirme el sentido condenatorio del mismo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. -CONDENAR a BISMARCK CALIMEÑO MENA como autor responsable de las conductas punibles de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros en la modalidad tentada.

Segundo. -IMPONER a BISMARCK CALIMEÑO MENA las penas principales de cincuenta y seis (56) meses de prisión; sesenta y nueve (69) meses y veintiséis (26) días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; y multa de ochocientos doce punto cuarenta y cuatro (812.44) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a cancelar a favor del Tesoro Nacional- Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero. -NO CONDENAR a BISMARCK CALIMEÑO MENA al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Cuarto. -NEGAR a BISMARCK CALIMEÑO MENA la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva. En firme, líbrese orden de captura para asegurar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, conforme las precisiones anotadas en la parte considerativa del presente fallo.

Quinto. -En firme, REMITIR copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad- reparto, para lo de su cargo.


Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario Ad hoc