



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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Segundo trimestre 2023

Abril a Junio de 2023

Este extracto trimestral contiene providencias relevantes que fueron publicadas en el boletín jurisprudencial. Tiene carácter informativo, por lo que se recomienda revisar directamente las providencias en:
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

ÍNDICE TEMÁTICO

1. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Embriaguez	3
2. ACOSO SEXUAL - Elementos: sujeto pasivo cualificado	7
3. BIENES BALDÍOS - Evolución normativa	16
4. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - Convención americana de derechos humanos (cadh)	27
5. CASO GROOMING	30
6. CASO PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA - Prescripción: término excepcional	36
7. CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de desplazamiento forzado	54
8. DELITO - Fuente de obligaciones: deber de reparar los daños materiales y morales causados	64
9. FRAUDE PROCESAL - Antecedentes legislativos	69
10. JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial	82
11. NULIDAD - Debido proceso: no se configura, cuando el juez colegiado adopta su decisión por mayoría	85
12. PENA ACCESORIA - Determinación discrecional del juez: parámetros	92
13. PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación	94
14. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación en la sentencia, de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado a acceso carnal violento agravado	110
15. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFIA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000	112

16. PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Marco normativo _____	118
17. SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos: generales o erga omnes, respecto de la inexecuibilidad, aplicación hacia el futuro _____	126
18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de control de garantías: competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 a de la ley 906 de 2004 fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a grupos delictivos organizados (gdo) y grupos armados organizados (gao), ley 1908 de 2018 _____	142
19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de violencia intrafamiliar a lesiones personales _____	146





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

Extracto Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Segundo trimestre 2023

Abril a Junio de 2023

Este extracto trimestral contiene providencias relevantes que fueron publicadas en el boletín jurisprudencial. Tiene carácter informativo, por lo que se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Inicio

1. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR -

Embriaguez / **DELITOS SEXUALES -**

Víctima: es el testigo de excepción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Prueba de referencia: alcance probatorio, tarifa legal negativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Declaraciones rendidas antes del juicio: para refrescar la memoria o impugnar credibilidad, no pueden utilizarse para ingresar lo que no fue adecuadamente solicitado en la audiencia preparatoria

La Sala de casación Penal decidió la impugnación especial interpuesta por la defensa de J.E.E.Q., contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, que revocó la absolución emitida a su favor por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa misma ciudad para, en su lugar, condenarlo como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

La Corte confirmó el fallo impugnado, al encontrar suficientemente acreditado, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del procesado como autor del delito.

Para el efecto, definió el bien jurídico que el legislador pretendió proteger en los delitos de índole sexual, así como el alcance del punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir y la valoración probatoria propia de este tipo de conductas, en las que, la víctima es testigo de excepción.

SP161-2023(58617) de 26/04/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 28 de agosto de 2016, en una casa se encontraban reunidos en una celebración, junto con un grupo familiar, S.A.O.L. y J.E.E.Q.
2. Luego de una ingesta de licor S.A.O.L. decidió acostarse a eso de las 4:00 a.m. en un cuarto adjunto a la sala en la que se llevaba a cabo la reunión.
3. Sobre las 7:30 a.m., S.A.O.L. se despertó y encontró a su primo J.E.E.Q. accediéndola carnalmente por la vía vaginal con su miembro viril, ante lo cual lo empujó, por lo que éste salió de la habitación, ante lo cual la ofendida salió en su búsqueda y empezó a golpearlo, por lo que fue necesaria la intervención de los demás familiares e incluso la presencia policial.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Embriaguez / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR -** Incapacidad de resistir: concepto

«La Sala, ha señalado presupuestos claros con ocasión a definir los delitos de índole sexual que el legislador pretendió proteger: “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia.”

Ahora, tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esto es, el acceso carnal se puede verificar, entre otras hipótesis, con persona en estado de inconsciencia o en

incapacidad de resistir, es decir, estar en condiciones que no le permiten comprender esa actividad sexual o prestar su consentimiento para ello».

DELITOS SEXUALES - Víctima: es el testigo de excepción

«[...] en los casos de delitos de contenido sexual, el testigo de excepción es la víctima, porque precisamente sobre sí se ejecutan las maniobras constitutivas de aquellos.

Además, este tipo de ilicitudes, por lo general se cometen en entornos ajenos a terceros. De ahí que, las versiones entre la víctima y victimario sean generalmente disímiles, sin acompañamiento de pruebas directas con las cuales puedan establecerse los pormenores del hecho.

De tal manera, la valía del dicho de la víctima para determinar importantes elementos fácticos del suceso investigado, se logra al descartar algún ánimo vindicativo o animadversión, al tiempo que se establezca su sanidad mental y la coherencia externa e interna de la narración.

En tal orden, se deberá analizar la veracidad de su dicho, conforme lo normado en el artículo 404 del ritual procesal, esto es, los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos de percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo del acontecer, los procesos de rememoración, su actitud durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas, así como su personalidad.

En tanto que lo segundo, será determinar su coherencia y armonía con el resto del acervo probatorio, o si, aun siendo insular, consiga superar el examen sin inconveniente alguno y pueda ser fundamento de una sentencia de condena, [...]

Bajo tales lineamientos, desde ya debe señalar la Sala que comparte los razonamientos indicados por el ad quem, frente al testimonio de SAOL, pues de su análisis, se descarta la presencia de elementos que resten credibilidad a su dicho.

Sin duda, se vislumbra sólido y respaldado en los demás elementos probatorios, los que en conjunto cumplen efectivamente con el estándar de conocimiento frente a la ejecución de la conducta delictiva por la que se procede y la responsabilidad que se le debe atribuir al procesado JE E.Q, como autor de esta. Por consiguiente, se impone la confirmación de la condena impuesta en segunda instancia, ya que se establece que la impugnación se sustentó en

una incorrecta lectura del contenido material de las pruebas, ajena a la luz de la lógica y la sana crítica, como se pasa a señalar.

El impugnante adujo que la conducta no existió porque la presunta ofendida estaba consciente y en capacidad plena de resistir, incluso consintió la relación. Tesis sustentada en que según lo señalaron varios testigos en el juicio SAO tardó en llegar a la reunión, consumió alimentos y poco licor, luego, durmió por algunas horas, tiempo suficiente para que los efectos del alcohol se eliminaran y conforme lo indicó su prohijado, aquella pudo decidir sobre la relación que voluntariamente sostuvo con JE.

Sin embargo, otra es la situación que se establece del estado en el que SAO se encontraba para el momento en que se produce el hecho. Ello, porque la prueba testimonial dio a conocer que horas antes estuvo expuesta a un alto consumo de bebidas embriagantes cuyos efectos disminuyeron sus facultades de todo orden, como para inferir que solo por dormir, pudo recuperarse y hallarse en estado total de consciencia, no solo para acceder a un encuentro sexual, sino, además, luego, con gran habilidad, recrear un episodio como el que narró.

[...] lo que no puede aceptarse, conforme lo pretende el impugnante, es que tal relación sexual se produjo con la aquiescencia de la ofendida, en tanto, sería desconocer, de un lado, la comprobada condición de inconsciencia en la que se encontraba SA.

Y, de otro, la sinceridad del relato de la víctima cuando denota que no consintió la relación sexual y que la misma se produjo aprovechando el procesado su estado de inconsciencia, lo cual queda paladinamente evidenciado cuando dijo no saber si fue accedida carnalmente por éste, ya que si su propósito fuese el de inventar una historia en perjuicio del procesado para no afectar su reputación frente a sus familiares, habría afirmado sin ambages que el sindicado la penetró vía vaginal, pues ello haría más gravosa la situación de éste»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, facilitar el interrogatorio cruzado (refrescar la memoria o impugnar la credibilidad) o como medio de prueba (prueba de referencia, prueba anticipada o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral

«[...] por regla general, en el marco de la Ley 906 de 2004, solo pueden ser valorados como

pruebas los testimonios practicados en el juicio oral con intermediación, contradicción, confrontación y publicidad a instancias del juez de conocimiento.

Así lo estipula el artículo 16 ibídem, norma rectora del estatuto procesal, al disponer que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción...” y de los artículos 379 y 402 ejusdem, al referir que “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” y que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”.

Responde lo anterior a que la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba implica, generalmente, aparte de la limitación a la intermediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia, la afectación del derecho a la confrontación del testigo, que supone la posibilidad de asegurar la comparecencia al juicio de los testigos de cargo y, con ello, la oportunidad de interrogarlos o hacerlos interrogar y de controlar el interrogatorio.

De allí que las declaraciones rendidas por fuera del escenario del juicio oral y público en principio no tienen el carácter de pruebas y únicamente en situaciones excepcionales pueden ser incorporadas al juicio con fines demostrativos, bajo el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley para tal efecto.

Según lo previsto en los artículos 392, literal d, y 393, literal b, de la Ley 906 de 2004, las declaraciones rendidas por fuera del juicio pueden utilizarse con dos finalidades: (i) para refrescar memoria del testigo durante su interrogatorio o (ii) para impugnar credibilidad en el contrainterrogatorio.

Tales declaraciones pueden constituir medio de prueba en dos circunstancias excepcionales: i) ante la indisponibilidad del testigo, artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (prueba de referencia); y ii) cuando el declarante comparece al juicio para modificar sustancialmente su versión anterior o retractarse de ella (testimonio adjunto). En estos eventos, para su incorporación resulta imperativo el agotamiento del trámite previsto como garantía del debido proceso probatorio.

En relación con la admisión excepcional de la prueba de referencia, esta Corporación tiene decantado que, según lo reglado en el artículo

437 de la Ley 906 de 2004: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; y, (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello factible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.

Como trámite para la debida aducción de la prueba de referencia la Sala ha establecido que (i) debe ser objeto de descubrimiento dentro de la oportunidad legal, (ii) en la audiencia preparatoria a la parte interesada le corresponde solicitar su incorporación y relacionar los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido, (iii) acreditar alguna de las situaciones previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento que faculta la admisión excepcional de dicha prueba y (iv) en el juicio oral solicitar y obtener su incorporación a través del medio de prueba seleccionado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: alcance probatorio, tarifa legal negativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas

«[...] De otro lado, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia y registra una tarifa legal negativa en tanto prohíbe proferir sentencia condenatoria cuando el fundamento se basa, de manera exclusiva, en esa clase de elemento de convicción.

Por lo tanto, la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena, y cuando la fiscalía utiliza este medio para sustentar su teoría del caso, debe contar con prueba complementaria que permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: para refrescar la memoria o impugnar credibilidad, no pueden utilizarse para ingresar lo que no fue adecuadamente solicitado en la audiencia preparatoria

«[...] si la defensa pretendía utilizar esa declaración previa con fines de impugnar la credibilidad de la ofendida o confrontarla

respecto a su contenido, como lo hace en el marco de la segunda declaración que rinde esta, le era, sin duda, exigible el haber descubierto tal manifestación en la audiencia preparatoria, máxime cuando para ese momento procesal (15 de enero de 2018) ya se había realizado la aludida exposición y la misma estaba en poder de la defensa.

Ahora, pertinente es indicar que el cambio de abogado no habilita el retrotraer oportunidades procesales fenecidas, por lo tanto, si el profesional del derecho que representaba al procesado para el momento de la audiencia preparatoria no descubrió la declaración previa, es contrario al debido proceso probatorio aceptar dicho descubrimiento durante la práctica probatoria del juicio, bajo la justificación del cambio de defensor, por cuanto ello representaría revivir etapas precluidas cada vez que se cambia de mandatario judicial, lo que atenta contra el orden, la seguridad y estabilidad del proceso penal.

De manera que, como la aludida declaración previa no fue descubierta dentro de la oportunidad procesal correspondiente, no es admisible su utilización con fines de refrescar memoria o impugnar credibilidad y, por ende, la Sala, por ser contraria al debido proceso probatorio excluye de valoración la segunda declaración de la víctima donde se le interrogó sobre dicha manifestación».

TESTIMONIO - Valoración probatoria / CONOCIMIENTO PARA CONDENAR -
Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, se cumple

«[...] se establece que JEEQ, renunció a su derecho a guardar silencio, para señalar que su prima SA de forma insistente lo invitó a la celebración del grado de CA. Ante esa persistencia entonces, al terminar su turno, viajó desde Cali en su moto a Manizales, llegó al lugar de la celebración, esto es, la casa de la tía a la una de la mañana, siendo recibido emotivamente, particularmente por su prima SA.

[...]

Tales afirmaciones, encuentra la Sala que el Juez Colegiado las examinó, solo que estableció la imposibilidad de darles crédito, no solo por evidenciarse su simplicidad, sino, además, por el grado de inconsistencias que impiden aceptarlas, a diferencia del razonamiento que derivado del dicho del procesado hizo el Juzgador de primera instancia.

Para la Corte, las afirmaciones del procesado en el sentido de que al ingresar a la habitación en búsqueda de las llaves de su motocicleta encontró despierta a la víctima, por lo que, primero hablaron, luego se besaron, para posteriormente sostener relaciones sexuales bajo mutuo consentimiento, no son ciertas.

[...]

De ahí que, la Sala concluya que el dicho exculpante del acusado es contrario a la verdad, pues lo demostrado es que la víctima cayó en un profundo sueño, en sus palabras, estaba “casi muerta” y, por ende, en imposibilidad de consentir la manipulación libidinosa que en su cuerpo ejecutó el procesado».

Inicio

2. ACOSO SEXUAL - Elementos: sujeto pasivo cualificado / **ACOSO SEXUAL** - Tipicidad objetiva: ingrediente subjetivo, propósito del autor de obtener un provecho para sí o para un tercero, de carácter sexual / **ACOSO SEXUAL** - Delito de mera conducta / **ACOSO SEXUAL** - Concurra con otros delitos sexuales / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: elemento subjetivo específico, fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - No se configura si hay consentimiento / **ACOSO SEXUAL** - Fines sexuales no consentidos: concepto / **DERECHOS SEXUALES** - Evolución: utilización de medios digitales / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: puede ser expresado de diversas formas / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: no es necesaria una petición directa / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato positivo, verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género / **DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA** - Se vulnera: cuando se realizan bromas o burlas no consentidas sobre el cuerpo de la mujer / **LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD** - Análisis a través del enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: relaciones laborales de subordinación / **DERECHOS SEXUALES DE LA MUJER** - Primacía de su consentimiento: el guardar silencio no equivale a su aprobación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Finalidad: luchar por la erradicación de la cosificación en la mujer y la igualdad de género / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a dar efectiva aplicación a la Ley 1257 de 2008

Al resolver los recursos de casación interpuestos por el Procurador Judicial 52 Penal II de Bucaramanga y el apoderado de las víctimas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, en la que se absolvió a M.F.R.A. del delito de acoso sexual, la Sala de Casación Penal casó la sentencia impugnada, en el sentido de condenar al acusado como autor del delito indilgado en concurso homogéneo y sucesivo.

Para el efecto, la Corte realizó un análisis profundo del delito de acoso sexual, así como del enfoque de género, para determinar que para la configuración del delito, no es necesario una petición directa, toda vez que las burlas no consentidas sobre el cuerpo de la mujer vulneran la dignidad humana de la misma, y que el silencio de la víctima sobre las manifestaciones deshonrosas no conllevan a entender su aceptación.

Así mismo, se señaló que las autoridades deben propender por erradicar la violencia de género, por lo que se hace necesario dar estricta aplicación a la Ley 1257 de 2008, para lo cual, en lo relacionado con las autoridades judiciales, se les impone un deber de valorar las pruebas sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados, así como de verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género.

SP124-2023(55149) de 29/03/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En 2012, S.M.C.J. laboró en la secretaría general de la empresa Electrificadora de Santander [...] como abogada bajo el mando de M.F.R.A. Desde entonces fue asediada sexualmente por parte de su jefe, quien le decía de manera reiterada que su perfume lo excitaba, que le diera del chicle que comía o que sostuvieran “algo”, dado que era una mujer linda, bajo la advertencia de que él podía despedirla cuando quisiera.
2. Entre los distintos actos de hostigamiento, R.A. tocó sus glúteos sin su consentimiento, haciendo la mímica de querer limpiar su pantalón, cuando ella se encontraba de espaldas enviando un fax desde su oficina. Hacía comentarios soeces sobre sus nalgas, su cuerpo, sus relaciones sentimentales e interacciones sexuales ante sus compañeros de trabajo.
3. Para el mismo año, C.M.T.H. laboró como secretaria bajo el mando M.F.R.A., época en la que presenció cuando, en varias ocasiones, este se bajó los pantalones, en espacios privados como su oficina o el archivo, para exhibirle su miembro viril erecto y pedirle que le practicara sexo oral, se lo tocara o le aplicara crema para sus nacidos.

4. Igualmente, en el entretanto que fue su subordinada, hizo comentarios públicos y privados sobre su cuerpo, sus relaciones sexuales, el estado de sus genitales, le enrostró la necesidad de tener a un “macho” al lado y le ofreció su ayuda para suplir las eventuales carencias sexuales que pudieran tener. La trató de manera indigna diciendo que era una bruta, porque no era capaz de hacer su trabajo, al paso que la tildó de loca ante sus colegas cuando dejaba ver su tristeza o temor por los hostigamientos de su superior.
5. Estos requerimientos e insinuaciones permanentes de carácter sexual cesaron en diciembre de 2013, cuando las trabajadoras pusieron en conocimiento de la empresa la situación, siendo convocado un comité de convivencia.
6. El 7 y 17 de febrero de 2014, S.M.C.J. y C.M.T.H., respectivamente, presentaron denuncia ante la Fiscalía por estos hechos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Concepto / **ACOSO SEXUAL** - Sujeto activo: es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: sujeto pasivo cualificado / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: sujeto pasivo, indeterminado / **ACOSO SEXUAL** - Verbos rectores: indican actos persistentes o reitera en el tiempo / **ACOSO SEXUAL** - Tipicidad objetiva: ingrediente subjetivo, propósito del autor de obtener un provecho para sí o para un tercero, de carácter sexual / **ACOSO SEXUAL** - No requiere que se alcance el resultado deseado / **ACOSO SEXUAL** - Delito de mera conducta / **ACOSO SEXUAL** - Concurra con otros delitos sexuales / **ACOSO SEXUAL** - Verbos rectores: asediar y acosar / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: elemento subjetivo específico, fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - No se configura si hay consentimiento / **ACOSO SEXUAL** - Fines sexuales no consentidos:

concepto / **DERECHOS SEXUALES** - Evolución: utilización de medios digitales / **ACOSO SEXUAL** - Bien jurídico tutelado

El artículo 210 A del C.P. describe la conducta punible de acoso sexual como:

El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Sobre este tipo penal, esta Corporación ha sostenido que aun cuando la redacción de la conducta permite inferir que el sujeto activo no es calificado en cuanto acude a la fórmula “el que (...)”, lo cierto es que se trata de un delito especial propio, dado que sólo podrá ser autor quien sostenga, respecto de la víctima, una relación de superioridad manifiesta, autoridad o poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, prevalido de la cual lleve a cabo el comportamiento. Condición que supone, por correspondencia, que el sujeto pasivo de la conducta también es cualificado, dado el rol de subordinación en que se encuentra de cara al agresor.

Igualmente, vale precisar, que aun cuando este delito fue incluido al Código Penal en virtud de la Ley 1257 de 2008, mediante la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres y para cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en ese sentido, la descripción del sujeto pasivo como “a otra persona”, significa que el acoso sexual puede ser cometido contra cualquier ser humano, sin distinción de género, edad, raza, nacionalidad, posición social o económica.

En punto a los verbos rectores que describen la conducta típica lesiva del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, se ha dicho que suponen la habitualidad o permanencia en el tiempo del proceder en el acusado, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima que, vale aclarar, puede ser cualquier persona sin distinción de su género, a fin de que esta acceda a una pretensión sexual del perpetrador, por lo que los actos aislados y

aleatorios, aunque estén permeados de un contenido sexual, no están comprendidos por este tipo pena.»

[...]

«La conducta en comento, además, incluye un ingrediente subjetivo que debe concurrir para pregonar la tipicidad objetiva, cual es, el propósito en el autor de obtener un provecho para sí o para un tercero, pero de carácter sexual. Es indiferente, para efectos de la consumación, si éste se materializa o no, pues al tratarse de un delito de mera actividad o conducta no es necesario el resultado consistente en el cometido sexual buscado por el sujeto activo que, de concretarse, podría concursar con otra conducta descrita en el mismo título de delitos contra la libertad sexual.

El tipo objetivo también encierra una circunstancia de modo -sobre la forma cómo se desempeña la acción- en la que el acoso, persecución, hostigamiento o asedio físico o verbal contra la víctima con fines sexuales no consentidos debe tener lugar, cual es, que el autor proceda “valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad (...)”.

A propósito de lo anterior, el acoso sexual se manifiesta en el marco de relaciones jerarquizadas histórica, social, cultural o institucionalmente. En ellas, quien detenta la posición superior respecto de quienes se encuentran en condiciones de subordinación o desigualdad abusa del poder que su rango, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica le confiere con el fin de obtener una satisfacción sexual, para sí o para otro, de una persona que no lo ha consentido o aceptado y, por ello, es acosada para doblegar su voluntad.»

[...]

«Continuando con el análisis del tipo penal, es necesario precisar que el «fin sexual no consentido» de que trata el delito previsto en el artículo 210 A del C.P., en manera alguna puede reducirse a que el acosador demande de manera expresa una interacción sexual y que esta sea rechazada por la víctima, al punto que la ausencia de este prototípico escenario descarte la configuración del tipo.

El fin sexual puede ser expresado de tan diversas formas como el lenguaje mismo. Este, según la

Real Academia de la Lengua Española consiste en la facultad del ser humano de expresarse y comunicarse con los demás a través del sonido articulado o de otros sistemas de signos, también puede ser un conjunto de señales que dan a entender algo. De ahí que, comúnmente se hable de un lenguaje verbal, compuesto de palabras sonoras, y uno no verbal, como el escrito, gestual o corporal y el simbólico o icónico, referido a las imágenes, para mencionar algunas clases.

Por ello, quien pretende una satisfacción sexual de otra persona, puede comunicar esa pretensión de manera verbal y expresa como una propuesta o solicitud. No obstante, aun cuando las palabras empleadas no sean conclusivas, la intención podrá ser comprendida por el receptor a partir del sentido con el que son dichas, deducido de los gestos, miradas, ademanes que emplea el interlocutor, su lenguaje corporal, el tono, el lugar y la ocasión, así como el uso o la costumbre que la sociedad ha conferido a ciertas imágenes o frases para ser entendidas con un carácter sexual.

Es más, el discurso de la sexualidad a partir de sus manifestaciones modernas permite reevaluar que un fin sexual pueda limitarse a una interacción física. La revolución digital e informática ha dirigido la comunicación humana a escenarios no presenciales facilitados por teléfonos celulares, cámaras, computadores, incluso, realidades virtuales, en las que los intervinientes pueden nunca tener un contacto físico y aun así obtener uno del otro, reciprocamente, una satisfacción sexual.

A manera de ejemplo de lo expuesto, vemos como una práctica recurrente que las personas suelen enviar fotos de sí mismos desnudas o de sus partes íntimas, conocidas como “nudes”, mensajes o videos de contenido sexual o erótico, llamado “sexting”, al punto que pueda devenir en conductas de acoso, como el “grooming”.

En consecuencia, lo que cobra relevancia para el tipo penal de acoso sexual es que surja acreditado un fin sexual, sea cual sea la pretensión de esa índole que el acosador busque colmar en la víctima, a partir del lenguaje y los medios que haya utilizado para expresar su intención, y que no exista un consentimiento expreso e inequívoco del receptor.

Es por ello que “no puede haber delito en aquellos casos en donde el consentimiento es libre y la asimetría de la subordinación laboral no influye en la aquiescencia del trato sexual” , es decir, cuando quien procura de otro una interacción sexual, mediante actos persistentes o reiterativos en el tiempo, actúa con el consentimiento expreso y válidamente emitido del titular del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, en los casos en que éste tiene la facultad de disponer del mismo. En estos casos, no habría delito, siendo el consentimiento excluyente de la tipicidad.

ACOSO SEXUAL - Análisis a través del enfoque de género: procedencia, evento en que el sujeto activo cosificó a la mujer en situación de vulnerabilidad / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: puede ser expresado de diversas formas / **ACOSO SEXUAL** - Demostración: las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Se configura / **ACOSO SEXUAL** - Se configura

En criterio del demandante, el Tribunal absolvió a M.F.R.A, tras concluir que el procesado no mantuvo una intención prolongada en el tiempo tendiente a obtener una satisfacción sexual no consentida de las denunciadas ni les hizo un requerimiento directo en ese sentido, a partir de la tergiversación y cercenamiento de los testimonios de S.M.C.J y C.M.T Hernández.».

[...]

«Sobre el testimonio de S.M.C.J.»

[...]

«Sobre este testimonio, el Tribunal consideró que era insuficiente para adecuar los comentarios malintencionados e indecorosos a alguno de los verbos rectores que describe el delito de acoso sexual. Refirió el acápite en el que S.M.C.J dijo que no había recibido un requerimiento de carácter sexual directo, para decir que ni la

propia víctima pudo advertir con total seguridad de un hecho continuado y reiterado del procesado para obtener de manera no consentida un fin sexual.

Refirió el suceso narrado por la víctima y presenciado por J.G.L.F sobre el tocamiento de sus glúteos, destacando que según la deponente este había sido similar a cuando se limpia un pantalón, para concluir de allí que, este comportamiento tampoco se encuadra en el delito de acoso sexual.

En ese orden de ideas, surge evidente que el ad quem no sólo tergiversó las dos únicas acotaciones que valoró del testimonio de la víctima, también cercenó importantes detalles brindados por la deponente, a partir de los cuales se demostró que mientras se desempeñó como empleada de la secretaría general de la [...], al mando de M.F.R.A fue sometida a un contexto de violencia por su condición de mujer, en el que relució el acoso sexual.

En efecto, tal como fue demandado por los libelistas, el fallador echó de menos la habitualidad o permanencia en el tiempo de la conducta del procesado como elementos constitutivos del delito acusado, precisamente porque mutiló de la declaración de S.M.C.J el aspecto temporal del asedio que dijo sufrir de su jefe inmediato durante el periodo en que se desempeñó como abogada de la secretaría general de la Electrificadora de Santander.

Tal como se reseñó en precedencia, la testigo indicó que R.A, “diariamente”, “todo el tiempo”, “siempre” y cuando estaban en privado en su oficina, le decía que su perfume le excitaba o que le compartiera del chicle que ella masticaba, asimismo, luego de destacar que era una mujer linda le proponía que sostuvieran una relación. Sumado a que era habitual en él compartir las experiencias sexuales que tenía con mujeres distintas a las colegas de trabajo, a partir de detalles como la ropa interior que ellas portaban o la variedad de sitios donde tenían lugar los encuentros, en términos que parecían insinuaciones hacia la denunciante.

Asimismo, pretermitió el Tribunal que la relación laboral subordinada entre el procesado y la testigo se desarrolló por más de un año en constante contacto, pues según precisó, todos compartían un mismo piso, cerca de 11 abogados

al servicio de la secretaría general de la empresa, divididos por cubículos en tanto que R.A tenía su propia oficina.

Por ende, erró el funcionario judicial al fragmentar la declaración de la deponente en dos escenarios: uno, el de los comentarios “malintencionados” y dos, el del tocamiento de sus nalgas, pues no se trata de hechos inconexos. Considera la Sala que, si la testigo narró con mayor precisión ciertos sucesos concretos, no significa que estos hayan tenido lugar de manera aislada, por el contrario, ello tiene explicación en que fueron los que mayor impresión y afectación le causaron en la cotidianidad en que demarcó el comportamiento acosador del procesado.

Es más, tal como lo destaca el recurrente, si el ad quem no hubiese cercenado la declaración de S.M.C.J en cuanto a la recurrencia del asedio por parte de su jefe, habría encuadrado con facilidad el tocamiento abusivo de sus glúteos como otro acto integrado en el protervo proceder del procesado encaminado a su satisfacción sexual sin el consentimiento de su empleada, aunque ciertamente por sí mismo podía constituir otra conducta punible.

Para ratificar el verdadero alcance del acto cometido sobre la corporalidad de la testigo, bien pudo el fallador acudir a la declaración de J.G.L.F, prueba que, valga decir, ni siquiera fue referida en la sentencia impugnada.»

[...]

«es claro para la Sala que M.F.R.A, valiéndose de su cargo de secretario general, jefe inmediato de S.M.C.J, la acosó de manera habitual y permanente en la empresa donde ambos laboraban, mediante insinuaciones y comentarios públicos y privados, de evidente contenido sexual no consentidos por ella, pues demostrado está que la víctima no realizó ninguna manifestación inequívoca de coincidir en las pretensiones de aquel.

En ese orden, es claro para la Sala que M.F.R.A, valiéndose de su cargo de secretario general, jefe inmediato de S.M.C.J, la acosó de manera habitual y permanente en la empresa donde ambos laboraban, mediante insinuaciones y comentarios públicos y privados, de evidente contenido sexual no consentidos por ella, pues demostrado está que la víctima no realizó

ninguna manifestación inequívoca de coincidir en las pretensiones de aquel.

Cierto es que la testigo reconoció que el acusado no le hizo un requerimiento sexual directo, tal como lo destacó el ad quem; no obstante, como se precisó en el acápite precedente, el fin sexual de que trata el artículo 210 A del C.P. puede ser expresado de diversas formas.

Ahora, es claro para la Sala que estos actos reiterados de acoso sexual fueron cometidos por el procesado valiéndose de la superioridad que su cargo le confería y en un entorno laboral de discriminación y violencia de género contra S.M.C.J, incentivado en parte por él mismo, con la anuencia de los colegas que laboraban en esa dependencia y la indiferencia de la empresa.

Sin que la afectada pudiera defenderse, ante el miedo que la posición laboral del procesado le infundía, o acudir al gerente general de la compañía, con quien el acusado tenía una relación de confianza, o a sus compañeras que en su mayoría habían sido incorporadas por el procesado a la planta de personal. De hecho, aunque recurrió a un comité de convivencia, la única solución brindada consistió en un traslado que ni siquiera se materializó por la injerencia del entonces gerente general de Electrificadora de Santander

En consecuencia, dada la tergiversación y cercenamiento del testimonio rendido por S.M.C.J, el cargo de falso juicio de identidad está llamado a prosperar.»

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación: se configura / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por cercenamiento: se configura / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: no es necesaria una petición directa / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: elemento subjetivo específico, fines sexuales no consentidos, pretensión que se comunica de manera verbal y expresa / **ACOSO SEXUAL** - Se configura

Sobre el testimonio de C.M.T.H».

[...]

«Luego de contrastar la versión original de la deponente con la reseñada por el ad quem, para la Sala es claro que varios apartes del testimonio fueron tergiversados y cercenados en punto a la

recurrencia del acoso sexual al que fue sometida C.M.T.H por parte de su entonces jefe.

En primer lugar, tal como lo denunció el censor, el funcionario judicial resumió la narración de la víctima como si se tratase de sucesos ocasionales e independientemente considerados, sin conexión alguna, siendo que la testigo precisó que estos actos de evidente contenido sexual tuvieron lugar de manera continuada, incluso, desde que ingresó a la secretaría general de la Electrificadora de Santander bajo el mando del procesado y hasta que ella tuvo la valentía de denunciarlo, en el marco de una práctica reiterada de humillaciones.

Por ello, al igual que en el anterior acápite, surge evidente que si la deponente refirió con mayor detalle ciertos hechos es porque estos le causaron una profunda impresión, mas no porque hubiesen sido los únicos que padeció como empleada del encartado. La indebida mutilación de la prueba relativa a la temporalidad llevó a que el fallador concluyera que el comportamiento del acusado no se adecuaba a ninguno de los verbos rectores que configuran el delito de acoso sexual, siendo que refulge la reiteración del asedio con fines sexuales en un prolongado lapso, lo que denota la persistencia de R.A en que su secretaria accediera a su propósito libidinoso.

De otra parte, no pasa desapercibido para la Sala que el Tribunal omitió por completo que el procesado de manera expresa le pidió a la denunciante que le practicara sexo oral.

Por esto, pese a que la deponente lo refirió en no pocas ocasiones, el fallador terminó suprimiendo estos hechos de su declaración, para luego concluir que en el plenario no se acreditó que M.F.R.A hubiese realizado a C.M.T Harris un requerimiento de tipo sexual no consentido.

Si para el Tribunal es un elemento indispensable del tipo penal de acoso sexual la petición directa de satisfacción sexual por parte del acosador - que no lo es-, claramente la pregunta que el acusado postuló a su empleada constituiría este elemento típico, de manera que es evidente la contradicción en la que, además, incurrió el ad quem, pues estando acreditado ese supuesto, con todo, no tuvo por configurada la conducta punible

[...]

Expresiones como “un comportamiento grotesco del encartado” o “tratos descomedidos en el ámbito laboral”, no son más que eufemismos de lo que efectivamente sucedió, con los que el Tribunal, también, tergiversó la prueba testimonial con el fin de atenuar la gravedad de las conductas denigrantes cometidas por el acusado contra la víctima que afrentaron su integridad sexual.

En ese orden de ideas, dada la tergiversación y cercenamiento del testimonio rendido por C.M.T.H, el cargo de falso juicio de identidad respecto de esta prueba está llamado a prosperar.

Ahora, aunque el censor también afirmó que el Tribunal pretermitió el dictamen psicológico realizado por la psicóloga forense M.C.L.R a S.M.C.J, 7 de mayo de 2015, según el cual padeció de una afectación psíquica de carácter transitorio a causa del acoso sexual del procesado, quien era su jefe, lo cierto es que esta prueba fue desestimada por las instancias, bajo la consideración de que no fue realizada conforme a los protocolos de este tipo de pericias.

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato positivo, verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género

En varios pronunciamientos, esta Corte ha sostenido que el falso raciocinio, como error de hecho, se configura cuando no se valora la prueba con perspectiva de género. Esto sucede cuando el funcionario judicial deja de lado los postulados de la sana crítica para apreciar los elementos de convicción a partir de estereotipos, entendidos como prejuicios, generalizaciones o nociones simplificadas de un grupo social respecto de otro, por compartir similares características o condiciones».

[...]

«De ahí que, la adecuada implementación del enfoque de género en las decisiones judiciales impone a los jueces y cuerpos colegiados una

obligación negativa, cual es, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados como reglas de la experiencia que tornen nugatorio el acceso a la administración de justicia de los grupos vulnerables para propiciar, en su lugar, una revictimización desde la arista institucional.

No obstante, también supone para el funcionario judicial un mandato positivo consistente en verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género para reconocer en la realidad procesal, de ser el caso, los contextos de discriminación o violencia generados por diferencias sociales, biológicas, de sexo, edad, etnia, posición social o rol familiar, que puedan tener lugar en el ámbito público o privado, dentro de la familia, en la comunidad, lugar de trabajo, entre otras, como escenarios en los cuales se propicia o facilita la comisión de conductas punibles en contra de grupos histórica o culturalmente discriminados o marginados.»

ACOSO SEXUAL - Violencia contra la mujer / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando la ponderación probatoria o la construcción indicaría se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: a través de planteamientos discriminatorios, contrarios a la dignidad de la mujer víctima / **DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA** - Se vulnera: cuando se realizan bromas o burlas no consentidas sobre el cuerpo de la mujer / **LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD** - Análisis a través del enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: relaciones laborales de subordinación / **DERECHOS SEXUALES DE LA MUJER** - Primacía de su consentimiento: el guardar silencio no equivale a su aprobación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Finalidad: luchar por la erradicación de la cosificación en la mujer y la igualdad de género / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género

[...] considera la Sala que cuando el Tribunal al valorar los testimonios de S.M.C.J y C.M.T.H indicó que con ellos no se acreditaban los actos de hostigamiento ni la exigencia directa de un fin sexual por parte del acusado, incurrió en un falso

raciocinio en la valoración de dichas declaraciones, en tanto su adecuada apreciación, contrastadas con los restantes medios de convicción a partir de la perspectiva de género, le habría permitido observar los reiterados actos de asedio con inequívocos fines sexuales por parte del procesado, en un contexto de discriminación y violencia propiciado por él contra sus empleadas, prevalido de su posición como superior jerárquico con abuso del poder en el ámbito laboral.

En efecto, del testimonio de S.M.C.J, contrario al razonamiento del ad quem, sí se denota “una intención mantenida en el tiempo” de asedio u hostigamiento por parte del acusado para obtener una satisfacción sexual no consentida, pues aun cuando este no propuso de manera directa a la denunciante una interacción sexual, los comentarios que hacía de su belleza, de la loción que usaba o el chicle que comía y cómo ello lo excitaba, así como las soterradas insinuaciones en privado para sostener “algo” con él, disfrazadas, también, en las narraciones de sus encuentros sexuales con otras mujeres, así como el tocamiento de sus glúteos sin su consentimiento, con un claro contenido lascivo, del que dio cuenta el testigo J.G.L.M, se presentaban diariamente, de manera constante en el tiempo que laboró para M.F.R.A desde 2012 hasta el 2014.

Siendo para la Sala evidente que el acusado abusó de su poder para generar un ambiente laboral denigrante encaminado a doblegar el consentimiento de la víctima a fin de que ella accediera a sus pretensiones sexuales.

El procesado, además, generó un escenario de humillación en el ámbito laboral contra C.M.T.Hal inquirirle constantemente sobre su vida sexual, sin reparo alguno en quienes podían escuchar -como lo señaló J.G.L.F- preguntando de forma insistente si ella se masturbaba y cada cuánto lo hacía, pues en su dicho, seguramente tenía telarañas en sus genitales y que él podía ayudarla, siendo esto una forma de violencia contra la mujer en cuanto incide en su estabilidad emocional y afecta negativamente su bienestar laboral, así como de acoso sexual, en tanto vulnera su libertad e integridad sexual.

Asimismo, resaltaba la necesidad de que en su vida tuviera un “macho” al lado, pues sin éste no

entendía cómo podía ella vivir. Expresiones evidentes de una ideología de género consistente en que los hombres son superiores a las mujeres y tienen control sobre ellas, que fue abiertamente ignorada por el Tribunal.

La maltrataba, según la víctima, diciéndole que era una bruta, incapaz de hacer cualquier cosa, para luego mostrarse en una posición de magnificencia al decirle que no la despedía porque le daba pesar, más cuando ella era una simple secretaria y él su jefe, el del “lapicero”.

Asimismo, observa la Sala que no siendo lo anterior suficiente, el encartado acudió a frases sexistas consistentes en que la denunciante, su empleada, tenía buen cuerpo para conseguir lo que quisiera, incluso un ascenso. Diciéndole que su cuerpo era un datafono, un medio de pago, debiendo ella solo “bajar y hacer lo que tiene que hacer”, para que él la ayudara a progresar; comentarios que recibió de manera reiterada durante el tiempo en que M.F..R.A fue su jefe y que, sin lugar a dudas, denota una propuesta de carácter sexual, al punto que la llamaba fuera del horario laboral para preguntarle si le gustaba “encima o abajo” y lo acompañara a sus viajes.

Contrario a lo expuesto por el ad quem, fue tan descaradamente directa la exigencia sexual de R.A a su secretaria que en varias ocasiones le exhibió su miembro viril para pedirle que le practicara sexo oral, lo tocara, estimulara o que le aplicara una crema. Tocó sus senos bajo la solapada pregunta de si eran reales o de silicona. Ante la indignación de la afectada, la exhibía como una “loca”, para desacreditar cualquier denuncia que hiciera en su contra, con el fin de estigmatizarla ante sus compañeras.

Al respecto, cierto es que las testigos de la defensa E.D.J.C y C.A.R.S dijeron que el acusado siempre trató con respeto y humanidad a todos sus dependientes, aunado a que jamás tuvieron conocimiento de las afrentas referidas por esta testigo y por S.M J.C, no obstante, omitió el Tribunal considerar que las víctimas señalaron, de un lado, que estas personas habían sido llevadas por R.A a la Electrificadora de Santander, de manera que le guardaban lealtad y del otro, que ninguna de ellas comentó lo sucedido a estas colegas, a sabiendas de la relación de amistad que sostenían con el procesado.

Incluso, C.M.T.H precisó que todas las mujeres que habían sido incorporadas a la planta de personal por parte del procesado se mofaban de ella cuando eran incitadas por aquel diciéndoles que estaba loca y que lloraba por no ser trasladada a otra dependencia siendo que, en realidad, su indignación se suscitaba por el protervo proceder de su jefe al mostrarle su miembro viril erecto y demandarle sexo oral cuando estaban solos.

De otro lado, la reproducción de un video pornográfico por parte de R.A también hizo parte del acoso sexual, pues contrario a lo reseñado por el a quo, luego de que C.M.T.H advirtiera con sorpresa que su jefe estaba observando el video, éste le preguntó «¿a usted no le gustaría hacer esto?». Pregunta que analizada en el momento en el que es postulada, junto con los demás comentarios y hechos narrados por la víctima que dan cuenta de un contexto de discriminación y violencia contra ella, sin duda alguna, hace parte de las reiteradas propuestas que el acusado hacía a su secretaria para obtener un fin sexual no consentido.

En consecuencia, es claro que estos sucesos no pueden ser considerados como “burlas” o “meros coqueteos”, como lo expuso el Fiscal Tercero Delegado en sus alegaciones de no recurrente, pues reconocer el valor y la dignidad de la mujer en la sociedad como forma para erradicar la violencia de género implica para todos los actores sociales, en especial, las autoridades judiciales, abstenerse de justificar este tipo de actos, mucho menos disfrazar las denuncias de las víctimas bajo eufemismos, al punto de disimular el acoso sexual presentándolos como actos “irrespetuosos o fuera de tono” o de “gravedad indecorosa”, como lo acotaron también las instancias para aminorar su contundencia, pues estos comportamientos, sin duda, contribuyen a perpetuar y esconder los verdaderos actos de discriminación y abuso.

Entender que el cuerpo de la mujer puede ser utilizado para realizar bromas o burlas, cuando ella no lo ha consentido expresamente, es desconocer su dignidad humana porque se la considera o trata como una cosa. Incluso, si en gracia a discusión se admitiese que quien la toca tiene una intención bondadosa como limpiar la suciedad de su pantalón, es incuestionable que debe procurar primero la anuencia de la mujer para proceder en ese sentido, pues es su

consentimiento el que valida o legitima su actuación, siendo una clara expresión del derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Asimismo, declarar que las trabajadoras deben aceptar los cortejos lascivos, libidinosos e insinuantes de sus jefes en el marco de relaciones de poder en donde se encuentran bajo condición de subordinación, es un estereotipo dominante que agudiza la violencia de género, dado que le impone a ella, en su condición de mujer, una conducta referida a que en lugar de oponerse o incomodarse, se sienta halagada.

Es la mujer, como un ser humano digno, valioso, capaz de tomar decisiones y de expresarlas, quien define si permite ser tocada o cortejada. De ahí que, si manifiesta una negativa, no lo consiente expresamente, guarda silencio o evita alentar inequívocamente este tipo de comportamientos, todo ello debe entenderse con el mismo efecto que si hubiese manifestado un rotundo no.

En consecuencia, este tipo de actuaciones que constituyen una inaceptable afrenta y atropello, porque cosifica a la mujer, no se pueden normalizar, tolerar ni mucho menos perpetuar, siendo deber de toda la sociedad propender y luchar con una profunda consciencia ética por su erradicación, como paso importante y necesario para alcanzar una real y verdadera igualdad de género.

El cargo de falso raciocinio también prospera».

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a dar efectiva aplicación a la Ley 1257 de 2008

Ahora, ante esta declaración de justicia, la Corte también hace un llamado a dar efectiva aplicación a la Ley 1257 de 2008, en el sentido de adoptar los mecanismos idóneos para garantizar que todas las mujeres puedan laborar en escenarios libres de violencia y discriminación, en consecución de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, dada la importancia de dispensar a nivel de las instancias laborales, bien sea públicas o privadas, una respuesta rigurosa, efectiva y de apoyo, atención y protección a las víctimas de este tipo de comportamientos, en aras de prevenirlos, evitar su normalización y lograr su condigna sanción, como presupuesto indispensable para erradicar la violencia de género y el acoso sexual en las relaciones de trabajo.

Llamado que obedece a la necesidad de prevenir hechos como los analizados en el caso concreto, toda vez que no pasa desapercibido para la Sala la total indiferencia por parte de las instancias corporativas gerenciales de la Empresa Electrificadora de Santander en brindar una atención adecuada y oportuna ante las reprochables conductas de acoso sexual desplegadas por su jefe M.F.R.A.».

3. BIENES BALDÍOS - Evolución normativa / **BIENES BALDÍOS** - Evolución jurisprudencial / **BIENES BALDÍOS** - Regulación: por medio de Acuerdo Distrital / **BIENES BALDÍOS** - Regulación: por medio de Acuerdo Distrital, Programa de Baldíos en Cartagena / **BIENES BALDÍOS** - Declaratoria / **ESCRITURA PÚBLICA** - Concepto / **BIENES BALDÍOS** - Declaratoria: a través de escritura pública, no es de carácter obligatoria / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Playa marítima: Cartagena, sector El Laguito, formación / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Playa marítima: demostración / **PRUEBA PERICIAL** - Informe de oceanografía física: apreciación probatoria / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad, por objeto ilícito / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - No se configura: cuando el bien objeto del contrato no es de uso público / **BIENES BALDÍOS** - Enajenación de tierras adjudicadas: requisitos, avalúo del bien / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - No se configura: cuando el bien baldío objeto del contrato es enajenado cumpliendo las disposiciones que lo regulan / **BIENES DE LA UNIÓN** - Naturaleza / **CONSTITUCIÓN POLÍTICA** - Artículo 82: es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad: impide que pueda fijarse un valor / **BIENES DE USO PÚBLICO** - No se configura

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de impugnación especial promovido por la bancada defensiva y el procesado de D.G.T.L. contra la sentencia proferida por el Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, que condenó por primera vez a J.C.P.F. y V.E.J., como coautores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, a R.E.C.C. como cómplice de este último punible, y a D.G.T.L. y L.É.R.P. como intervinientes especiales del mismo.

La Sala revocó la decisión de segunda instancia y en su lugar, confirmó el fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco, en cuanto absolvió a J.C.P.F. y V.E.J. por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, y a D.G.T.L., L.É.R.P. y

R.E.C.C. por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Para ello, la Corte desarrolló la teoría de los bienes de uso público, bienes baldíos y la evolución geográfica de las playas del sector El Laguito en la ciudad de Cartagena, con el fin de poder establecer si el objeto del contrato en cuestión, había recaído sobre un bien de uso público.

Al respecto, la Sala consideró que de acuerdo a la valoración probatoria, no se configuró el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, toda vez que el bien objeto del contrato, es un bien baldío, el cual cumplió con las disposiciones requeridas para su enajenación.

De otro lado, en lo que respecta al delito de peculado por apropiación en favor de tercero, el ente acusador no logró desvirtuar la presunción de inocencia de los enjuiciados.

SP082-2023(59994) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Mediante escritura pública [...] del 8 de noviembre de 1999 la Alcaldía Mayor de Cartagena declaró como bien baldío un lote de terreno de 243.75 m².
2. En el 2008, la entonces alcaldesa de Cartagena, J.C.P.F. inició un proceso de negociación con L.É.R.P., gerente del [...], para vender el supuesto bien baldío.
3. En el curso de las negociaciones, V.E.J., Secretaria de Hacienda Distrital, y L.É.R.P. suscribieron un acuerdo de pago en octubre de 2008 de \$207.187.500 como precio estimado de los 243.75 m². El referido pacto fue proyectado por D.G.T.L. con base en el avalúo comercial realizado por el ingeniero R.E.C.C.
4. Para el ente acusador, los mencionados ciudadanos celebraron contrato de compraventa sobre un objeto ilícito por haber vendido un área de playa marítima, bien de uso público imprescriptible, inembargable e inajenable, bajo la apariencia de ser un terreno baldío, trasgrediendo el artículo 63 de la Constitución Política y el 1502 del Código Civil.
5. Como el propósito de los acusados consistió en vender a toda costa el bien de uso público, supuesto baldío, pretermitieron lo dispuesto en el Acuerdo 030 de 2006 (arts. 5°, 7° y 9°) y

la Ley 9 de 1989 (art. 33 y siguientes), dado que el bien reputado baldío, en todo caso, debía ser avaluado por peritos adscritos al Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC y como superaba los trescientos salarios mínimos mensuales vigentes, la venta debía someterse a proceso de licitación.

6. En ese sentido, para la Fiscalía la entonces alcaldesa de Cartagena J.C.P.F., con ayuda de V.E.J., Secretaria de Hacienda de dicho ente territorial, DGTL, contratista asesor y R.E.C.C., evaluador, permitieron que L.É.R.P., gerente del [...], se apropiara en provecho suyo de un bien del Estado, este es, de una playa marítima declarada como bien baldío.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

BIENES BALDÍOS - Evolución normativa / **BIENES BALDÍOS** - Evolución jurisprudencial

En escritura pública No. [...] del 8 de noviembre de 1999 el entonces alcalde de Cartagena ESVZ declaró como bien baldío un terreno denominado polígono [...], en favor del distrito, en cuya venta participaron, en uno u otro sentido, los hoy procesados, siendo esta el objeto del presente proceso.

Con ese fin, vale destacar que en el documento se expuso como sustento del acto declarativo el numeral tercero el artículo 123 de la Ley 388 de 1997 según el cual todos los terrenos baldíos que se encuentren en el suelo urbano de los municipios y distritos y que no constituyan reserva ambiental, pertenecerán a estas entidades territoriales.

La Ley 137 de 1959, conocida como Ley Tocaima, se reviste como antecedente importante para comprender la disposición en cita. Recuérdese que en virtud de esta ley la Nación cedió en favor del municipio la propiedad de los terrenos que constituían la zona urbana, con el fin de que el ente territorial procediera a transferir a los propietarios de mejoras para ese momento el dominio de los solares, a título de venta. Para ello, estos debían proponer su compra dentro de los dos años siguientes para obtener un beneficio en el precio. El dinero recaudado sería destinado a la construcción del acueducto.

En su artículo 7° dispuso que también se cedería a los municipios de cualquier población del país en idéntica situación, los terrenos urbanos para su adquisición por particulares.

La Ley Tocaima fue objeto de reglamentación por el gobierno mediante Decreto 1943 del 18 de agosto de 1960, en tanto que el artículo 7° fue desarrollado por el Decreto 3313 de 1965, en virtud del cual recaería en cabeza de los concejos

municipales ordenar la delimitación de las áreas urbanas, en similar situación, dentro del año siguiente a la vigencia del decreto, aclarando que estos no serían adjudicados por el entonces Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, sino que estarían sometidos a las normas de venta previstas para el municipio de Tocaima.

Sobre estas normas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 1592 del 4 de noviembre de 2004 precisó que la Nación cedió en favor de los entes territoriales la propiedad de los predios baldíos urbanos bajo la condición suspensiva de que fueran vendidos por estos a los poseedores que habían realizado mejoras. Esta postura fue luego recogida por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en decisión del 26 de noviembre de 2008, para decir que, en realidad, se otorgó de manera definitiva el dominio a los entes territoriales de terrenos ocupados y con mejoras, como de los no ocupados, en especial dada la facultad de venderlos aun después de fenecidos los dos años de que trataba la norma, a quienes no fueren propietarios de mejoras. Esta cesión de baldíos, concluyó el cuerpo colegiado, debe integrarse a la totalidad del ordenamiento territorial y manejarse con miras a su cabal realización.

La Ley 388 de 1997 modificó la Ley 9 de 1989 y 2ª de 1991 y organizó el sistema de ordenamiento territorial de los municipios. En su artículo 123, según el concepto del Consejo de Estado reseñado, se insistió en que la Ley 137 de 1959 no entregó la propiedad de los baldíos urbanos de la Nación a los municipios. En realidad, cedió a los entes territoriales el derecho a obtener el precio de la venta, el cual debían destinar a los fines de las leyes de ordenamiento territorial como vías públicas, espacio urbano, servicios públicos, programas de vivienda de interés social, entre otros.

Con fundamento en las normas señaladas, el distrito de Cartagena adelantó el «Programa de Baldíos», cuya existencia fue acreditada en juicio por los testimonios de LNA, excontratista de la Secretaría de Hacienda Distrital, WGT, exconcejal distrital, excongresista y denunciante, DGTL, como exasesor del distrito en el tema de baldíos, PCP, abogada litigante asesora del [...] y ELMN, quien se desempeñó como jefe de la oficina jurídica de la Alcaldía de Cartagena entre el 2008 y 2011.

Según los deponentes, el «Programa de Baldíos» fue adelantado como una política del distrito de Cartagena ante la necesidad de legalizar las indebidas ocupaciones privadas de predios de la ciudad por las acreciones o rellenos sobre el territorio marítimo costero, con ocasión de la

cesión que la Nación había realizado a los entes territoriales de los baldíos urbanos en virtud del artículo 123 de la Ley 388 de 1997, para definir el ordenamiento territorial, con incidencia tributaria.

Sobre la necesidad de adelantar el citado programa, en sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2019, DGTL refirió como antecedente que en 1995 particulares demandaron del distrito de Cartagena la reivindicación sobre una parte de la Isla de Manga de unos terrenos construidos a partir de rellenos de unas zonas de bajamar y en donde estaba localizada la Zona Franca, Industrial y Comercial de Cartagena aduciendo como sustento de su propiedad títulos de compra.

BIENES BALDÍOS - Regulación: por medio de Acuerdo Distrital / **BIENES BALDÍOS** - Regulación: por medio de Acuerdo Distrital, Programa de Baldíos en Cartagena

[...], el 14 de diciembre de 2006 el Concejo Distrital de Cartagena expidió el Acuerdo 030 por el cual se facultó al alcalde mayor para la destinación y disposición de los bienes inmuebles cedidos por la Nación al distrito en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 de la Ley 388 de 1997.

En este Acuerdo se precisó que los bienes objeto de regulación serían aquellos que resulten de los estudios de baldíos contratados por la administración, desde su vocación de desarrollo y condición histórica, los establecidos en los planes de ordenamiento territoriales, lo que surjan de la aplicación de la Ley 768 de 2002, el artículo 3° del Decreto 59 de 1938, la Ley 388 de 1997 y demás normas y jurisprudencia aplicable.
[...]

[...]

Entre otras indicaciones, precisó que sería por medio de la secretaría de hacienda que se llevarían a cabo todos los trámites para la disposición de los bienes y “cuando las circunstancias lo requieran la Secretaría de Hacienda podrá solicitar a la Secretaría de Planeación Distrital, certificación sobre el uso de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial corresponde a cada predio”.

Como procedimiento de venta se estableció en el Acuerdo 030 de 2006 que se realizaría por licitación pública, cuando el valor sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 9ª de 1989. No obstante, si los ocupantes o poseedores de baldíos vendibles o ratificables de venta demostraban la tenencia

por más de cinco años “tendrán la primera opción de compra y su venta será en forma directa, esta prerrogativa está vigente por el término de un año a partir de la notificación que haga la administración Distrital.”

Según el artículo 7° del acuerdo, el avalúo base para determinar el precio del predio sería el catastral vigente al momento de iniciar la negociación, pero la disposición final se haría con fundamento en el avalúo comercial. Precisó que “los avalúos para efectos de la disposición final se determinarán por los valores comerciales de zonas o sectores homogéneos, según la clasificación de zonas homogéneas de la autoridad catastral o por los avalúos comerciales practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o peritos evaluadores miembros de la Lonja de Propiedad Raíz conforme lo dispone la ley.”

Se estableció como prohibición la disposición de inmuebles ubicados en zonas de reserva ecológica, zonas de alto riesgo y en zonas proyectadas para la construcción de vías en el plan vial o en el Plan de Ordenamiento Territorial Urbano y en todos los casos en que exista prohibición legal o razones de conveniencia que lo aconsejen.

Los recursos, según el artículo 11 del Acuerdo, serían destinados a los fines y propósitos de la Ley 388 de 1997, en especial, para el desarrollo de las zonas donde esté ubicado el inmueble, proyectos de reubicación de viviendas de interés social que se encuentran en zonas de alto riesgo, construcción de drenajes pluviales, entre otros.

En punto a la aplicación de este Acuerdo 030 de 2006, DGTL explicó que el Programa de Baldíos se adoptó para solucionar un problema de ordenamiento territorial de la ciudad, de manera que surgió como necesidad adoptar las medidas pertinentes para que el Estado pudiera intervenir. Entre ellas, la reforma excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito adoptado en el Decreto 977 de 2001, con el fin de realizar precisiones con respecto a las áreas de relleno consolidado a costa de los cuerpos de agua y la asignación del uso del suelo de los predios declarados baldíos.

Es así que en la exposición de motivos del proyecto de modificación excepcional de normas urbanísticas del plan de ordenamiento territorial de Cartagena, luego de señalar las revisiones periódicas de los planes de ordenamiento previstas en el artículo 28 de la Ley 388 de 1998, se indicó como uno de los temas que serían abordados, el de la “incorporación de los bienes baldíos del Distrito al ordenamiento territorial”, como norma urbanística general.

Por consiguiente, expedido el Acuerdo 033 del 3 de octubre 2007 se adicionó un parágrafo al artículo 110 de la Parte III, Capítulo I, Subcapítulo II del Decreto 977 de 2001 - P.O.T. de Cartagena, [...]

[...]

Gracias a esa modificación del P.O.T. pudo la Alcaldía Distrital de Cartagena desarrollar la facultad dispuesta en el Acuerdo 030 de 2006 y el procedimiento allí señalado para la legalización y venta de los predios baldíos, tal como se aprecia sucedió con los bienes baldíos identificados como Polígono Cospique - vendido mediante escritura pública 1544 del 13 de noviembre de 2007 -, Rellenos Polígono No. 5 -declarado baldío mediante escritura pública 1041 del 27 de octubre de 1999 -, Polígono Relleno Club Cartagena -declarado baldío en escritura pública 0948 del 24 de septiembre de 1999 y vendido el 27 de diciembre de 2007 -, entre otros .

En desarrollo del «Programa de Baldíos», de acuerdo con el informe final de gestiones presentado por DGTL a la Secretaría de Hacienda Distrital el 29 de diciembre de 2009, dirigido al entonces secretario RUV , fueron identificados 132 predios como baldíos, de los cuales, 14 fueron objeto de escrituración e inscripción en la oficina de instrumentos públicos en 1999 , entre ellos, el llamado Polígono [...] mediante escritura pública No. 3570 de 1999.

En este punto, la Sala considera pertinente destacar, entonces, que el «Programa de Baldíos» tuvo sus inicios desde 1995 y fue adoptado como una política distrital de ordenamiento territorial, avalada la Alcaldía Mayor y el Concejo Distrital, al punto de ser incorporado en el P.O.T. del distrito de Cartagena.

BIENES BALDÍOS - Declaratoria / **ESCRITURA PÚBLICA** - Concepto / **BIENES BALDÍOS** - Declaratoria: a través de escritura pública, no es de carácter obligatoria

[...], para cuando JCPF fue elegida como alcaldesa de Cartagena para el periodo 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y VEJ, Secretaria de Hacienda mediante Decreto No. 001 del 1º de enero de 2008 al 1º de mayo de 2009, ya venía desarrollándose el «Programa de Baldíos» con la asesoría del coprocesado DGTL desde administraciones anteriores.

Ahora, aunque es cierto que la declaratoria de bienes baldíos se realizaba mediante escrituras públicas, en manera alguna tal proceder constituyó un actuar irregular como lo afirmó el ente acusador y el Tribunal, así como el Ministerio Público como no recurrente, dado que

este proceder ya había sido estudiado por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en decisión del 26 de noviembre de 2008, con ocasión del proceso promovido por el Grupo Hotelero [...]. contra el distrito de Cartagena.

[...]

Al respecto, el Consejo de Estado recordó que en virtud del artículo 13 del Decreto 960 de 1970 la escritura pública, es un instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos emitidas ante el notario con los requisitos de ley, constituyendo en ciertos casos requisito ad substantiam actus y en otros, ad probationem, de manera que, no es en sí misma un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Frente a la escritura cuya invalidez se demandaba, estimó que aun cuando el documento es meramente declarativo y no surtía efectos directos, esta situación variaba cuando operaba su registro, toda vez que podía afectar a los interesados como a terceros. Con todo, coincidió con el distrito de Cartagena demandado en que el carácter jurídico del predio y su titularidad en cabeza del municipio no operaba por el documento declarativo, sino en virtud de las leyes 137 de 1959 y 388 de 1997 que dispuso la cesión de baldíos urbanos de la Nación en favor de los entes territoriales, siendo la ley misma el título y el modo.

La delimitación física o material del terreno objeto de ese derecho, se precisó en la sentencia, si puede realizarse mediante acto administrativo de clarificación de propiedad o deslinde, por medio de cualquier negocio jurídico de transferencia o entrega a particulares de los predios o en sentencia en proceso judicial.

En ese orden, descartó que hubiese falsedad alguna en el acto de registro de la escritura pública que declaró como bien baldío el polígono CHC, además, porque en un proceso de acción de dominio promovido previamente por la demandante ya se había constatado y establecido que el bien no había salido del dominio de la Nación.

A partir de estas consideraciones, es claro para la Sala que la declaratoria de baldíos por medio de escrituras públicas aun cuando innecesaria, no por ello constituía un acto ilegal como fue tildado por la Fiscalía y el Tribunal, toda vez que su finalidad era dar cuenta del derecho de dominio que había sido otorgado a los entes territoriales por la Nación sobre los baldíos urbanos, por expresa disposición de las leyes 137 de 1959 y 388 de 1997, siendo éstas el título y

modo que justifican la titularidad de los municipios o distritos sobre estos.

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración / **DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR)** - Competencia: para delimitar bienes de uso público, a través de conceptos con fuerza vinculante / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Playa marítima: demostración / **PRUEBA PERICIAL** - Informe de planimetría y topografía forense: apreciación probatoria / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Escritura pública: apreciación / **PRUEBA PERICIAL** - Informe de oceanografía física: apreciación probatoria

Comprender la ubicación real del polígono [...], así como sus dimensiones y medidas, resulta de particular trascendencia para abordar el siguiente motivo de inconformidad con la sentencia impugnada.

El Tribunal concluyó que el polígono [...] vendido mediante escritura pública [...] de 2009, suscrita por JCPF y LÉ RP, surtido el trámite en el que intervinieron los demás procesados, es un bien de uso público, toda vez que corresponde a la misma zona de playa en la que JDUO tenía su establecimiento de comercio [...].

Contra esta consideración, los recurrentes opusieron que el cuerpo colegiado confundió el polígono [...] con el área ocupada mediante permiso de uso de playa por quien fue reconocido como víctima en el proceso, pese a que se trata de predios diferentes, aunado a que confirió una desmedida credibilidad a las declaraciones rendidas por DMOD, jefe de la Oficina Jurídica del Incoder.

Al respecto, anticipa la Sala que coincide con la postura de la defensa, porque aun cuando fueron aportados diversos conceptos rendidos por la Capitanía de Puerto de Cartagena sobre una zona de playa contigua al [...], ninguno de ellos fue producto de la auscultación por parte de los funcionarios del lugar donde se encuentra ubicado el polígono [...], al punto que en el plenario ningún elemento de convicción proveniente de la DIMAR afirma que ese lote sea, en efecto, bien de uso público.

En efecto, recuérdese que en sesión de juicio oral del 18 de julio de 2019, AEAS, propietario del entonces Hotel [...] hasta el 2 de noviembre de 2004 cuando lo vendió a la [...], relató que hasta 1993 hizo parte del hotel un restaurante llamado Lm, exclusivo para los huéspedes que se encontraban en la zona de playa, que finalmente tuvo que restituir a la Alcaldía Mayor de Cartagena. Aclaró que le fue ordenada “la

restitución del área hacia la pared”, siendo su hija quien atendió la diligencia.

Luego de ello, agregó, sostuvo conversaciones con la Capitanía de Puerto para procurar que “una vez restituido, nosotros como empresa administradora solicitaría en concesión esos metros que habían fijados ellos mismos”. De esta labor le fue entregado un peritazgo realizado por el CEC donde se le indicó cuáles eran los metros por restituir, mismo que entregó a la Fiscalía.

El 29 de mayo de 1989, el CECC, perito naval y experto en oceanografía física realizó un informe pericial cuyo objetivo consistió en determinar la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria sobre el terreno donde el Hotel [...] tiene construidos unos quioscos para el servicio de los usuarios del hotel. [...]

[...]

Luego de varias consideraciones en punto a la presencia de fenómenos oceanográficos que incidieron en la línea de la más alta marea, concluyó que los enseres descritos en precedencia habían sido instalados en el área de transición de la zona netamente pública de la playa, encerrados por una cerca de madera reforzada en su base con piedra.

[...]

Con posterioridad, en Resolución 1712 del 14 de octubre de 1992, la Alcaldía Mayor de Cartagena, en cabeza de GAG, ordenó al apartahotel [...] la restitución de 895,48m² de espacio público que tenían ocupado. Decisión que modificó el entonces alcalde mediante Resolución 2149 del 15 de diciembre de 1992 en el sentido que el área por restituir era de 740 m², con ocasión del Informe Pericial del 18 de noviembre de 1983, acogido en los considerandos de la Resolución 802 del 13 de junio de 1991 expedida por la Dirección General Marítima.

Según acta de diligencia de restitución de espacio de uso público del 15 de marzo de 1993, la Inspección de Policía de la Comuna uno de Bocagrande procedió a la restitución del espacio público ocupado por el Hotel [...] en los 740m², sin oposición alguna de TMAR, quien acudió en representación de este.

De este informe pericial, así como de la restitución que surgió con ocasión de este, es claro para la Sala que la DIMAR en 1989 analizó al área contigua del bordillo de piedra en dirección a la playa -no a la piscina-, para concluir que el Hotel [...], en ese entonces, estaba ocupando 740m² de espacio público.

Es más, en el informe en comento adujo el experto que sobre el terreno restituido el hotel

había instalado unos kioscos de paja y una caseta de lona los cuales utilizaba por más de cinco años, acotación que, sin lugar a dudas, encuentra respaldo en el plano de loteo de la Oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía Mayor de Cartagena, realizado en junio de 1981, donde también quedaron consignados esos enseres en el costado opuesto del malecón de piedra, es decir, superando el límite norte del predio donde fue construido el Hotel [...], en la zona identificada como de propiedad del gobierno, recuperada por la sedimentación de los espolones.

Asimismo, obra en el plenario que el 30 de marzo de 1993, la administración hotelera [...] solicitó al Capitán de Navío GPS permiso provisional para el uso y goce del área de playa que colinda con el frente del lote y edificio del hotel, que acababan de restituir voluntariamente. Sobre esta petición, afirmó AEAS que jamás recibió respuesta de manera que esa área no le fue concedida en concesión o permiso temporal en el entretanto que conservó la propiedad del apartahotel [...] hasta el 2004.

A propósito de lo expuesto, vale recordar que en diciembre de 2006 el representante legal del [...], LÉRP, sostuvo relaciones comerciales con JCR, representante del establecimiento comercial [...], a quien le otorgó autorización para usar el permiso que el hotel tenía en la playa de Bocagrande desde el 28 de diciembre de 2006 al 15 de febrero de 2007, a cambio de una remuneración. Este acuerdo fue cedido el 23 de agosto de 2007 por JCR a JDUO a partir del 1° de septiembre siguiente.

[...]

Tras realizar el levantamiento topográfico del área ubicada frente a las instalaciones del [...], como se observa en el plano precedente, los expertos concluyeron que corresponde a playa marítima, bien de uso público, por presentar acumulación de material arenoso no consolidado, entre otras características, estando ocupada por un mobiliario de playa como plataformas o decks de madera, carpas y camillas para masajes, cabinas ecológicas y canecas para recolección de residuos sólidos.

[...]

Ahora, como el objeto concreto del presente proceso penal no estriba en precisar la competencia de la DIMAR para delimitar las playas del país ni dirimir las discusiones que existan entre esta y el Alcaldía Mayor de Cartagena sobre el Programa de Baldíos, en lo que interesa para el asunto se aprecia que el oficial retirado de la Armada Nacional y jefe de

litorales de la Capitanía de Puerto de Cartagena, EBGL relató que en 2009, JDUO presentó al Capitán de Puerto una escritura pública en la que se vendía un área de 243m² que ellos tenían identificado como bien de uso público, playa, al frente de las instalaciones del hotel.

No recordó que le hubieran puesto de presente plano alguno en compañía de la mencionada escritura. Al inquirirse si el polígono [...] era el mismo que ocupaba JDUO contestó “hasta donde recuerdo, sí”, dado que se había otorgado sobre el mismo permiso de playa en su favor.

[...]

[...], de la prueba reseñada, advierte esta Colegiatura, en primer lugar, que los funcionarios de la Capitanía de Puerto escuchados en juicio no realizaron labor alguna en el polígono [...] declarado bien baldío mediante escritura pública [...] de 1999, cuya ubicación, como fue explicado en el acápite precedente se encuentra bajo la piscina y el salón de eventos en el área antecedente al muro, esto es, dentro del [...].

Por el contrario, fueron contestes en señalar que visitaron el área de playa subsiguiente a las instalaciones del hotel, en donde JDUO tenía su establecimiento de comercio [...]. Área que corresponde desde años atrás a la misma zona que fue restituida en 1993 por AEAS en favor de la Alcaldía Mayor de Cartagena por ser espacio público, zona de playa equivalente a 740m² sobre la cual este solicitó permiso de uso, concedido en 2007 a LÉRP como representante legal del [...] quien, a su vez, lo dio en arriendo al comercio [...] y luego a [...].

De manera que, en lo que concierne a las pruebas allegadas sobre los conceptos y testimonios de los expertos de Capitanía de Puerto de Cartagena, ninguna afirma, más allá de toda duda, que el polígono [...], vendido mediante escritura pública [...] de 2009 es playa.

De otra parte, aunque no desconoce esta Corte que también fue escuchada en juicio la abogada DMOD, exjefe de la oficina jurídica del Incoder de 2008 a 2009, surge evidente que el Tribunal sobreestimó los alcances del testimonio, al punto de tergiversar las demás pruebas obrantes en el proceso sobre la real ubicación del polígono [...] para dar respaldo a las declaraciones de la deponente.

[...]

A propósito de lo expuesto, aunque no se desconoce la utilidad que los sistemas de información geográfica como Google Earth y, en general, la aplicación de las nuevas tecnologías

pueden brindar a las autoridades administrativas y judiciales, para dirimir los asuntos puestos bajo su consideración, al igual que cualquier otro elemento de convicción, los hallazgos allí encontrados por los interesados y que pretendan hacer valer en el juicio como prueba deben ser sometidos a la publicidad, confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento como se dispone en los artículos 15 y siguientes del C.P.P.

Presupuestos que no fueron cumplidos respecto de las imágenes que dijo la testigo obtuvo tras consultar Google Earth y el Geovisor del I.G.A.C., toda vez que los supuestos resultados no fueron descubiertos ni solicitados como pruebas por el ente acusador, de manera que no se propició el conocimiento de las partes ni del juez. De hecho, solo se supo de su existencia en curso de la declaración rendida por 0, pues ni siquiera en el concepto suscrito por la testigo bajo el radicado [...] el 17 de septiembre de 2009 se hizo mención de la búsqueda o de los hallazgos.

En consecuencia, no sólo se desconocen las supuestas imágenes que dijo la testigo le arrojó el sistema de información satelital, también de esa labor surge la duda de cuáles fueron los puntos geográficos que introdujo en la aplicación para localizar el polígono [...], pues si el criterio de búsqueda partió de los datos suministrados por el plano que acompañaba la escritura pública [...] de 1999 -único documento con el que contaba- vale recordar que los peritos del I.G.A.C. JALS y HQV, concluyeron que este apenas consistía en un croquis, carente de la información suficiente para establecer la ubicación del citado predio.

Ante esos cuestionamientos que acompañan la declaración de la abogada DMOD, bastaba para el Tribunal auscultar el contenido del Informe 8002016ER17248 del 13 de octubre de 2016 de los peritos del I.G.A.C. no solo para establecer la real ubicación del polígono [...], soportado en los estudios históricos de planimetría y del levantamiento topográfico del predio donde se encuentra el [...], asimismo para tener por descartada la credibilidad de las conclusiones a las que arribó la testigo mencionada.

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración / **PRUEBA PERICIAL** - Informe de planimetría y topografía forense: apreciación probatoria / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: imprescriptibilidad / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inembargabilidad / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad, por objeto ilícito

/ CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - No se configura: cuando el bien objeto del contrato no es de uso público

[...], causa extrañeza para la Sala que el ad quem haya realizado ingentes esfuerzos argumentativos para dotar de solidez el criterio de la testigo, al punto de modular los hallazgos de los expertos del I.G.A.C. y de las demás pruebas, en especial, el contenido de las escrituras públicas y otros documentos históricos referidos al Hotel [...], para exponer una hipótesis que solo encuentra sustento en la inventiva de la segunda instancia.

En efecto, para armonizar la manifiesta contradicción del concepto rendido por la exjefe de la oficina jurídica del Incoder con los resultados de las pesquisas realizadas por los funcionarios del I.G.A.C., el cuerpo colegiado terminó concluyendo que para el 2009, cuando aquella contestó la petición de JDUO, “no estaba la piscina del establecimiento”. Ésta, a juicio del Tribunal, fue ampliada después de ese año para que fuera encontrada en el 2016 por HQV y JALS, funcionarios del I.G.A.C.

Tesis que, por supuesto, no encuentra respaldo en las pruebas aportadas al juicio. Si en gracia a discusión se admitiese que la piscina fue ampliada después del 2009 para ocupar el área de playa colindante con el [...], tal afirmación iría en contra del hecho demostrado en el proceso, cual es, que JDUO permaneció en la zona de playa contigua al hotel por permiso temporal de ocupación hasta el 2014 cuando fue definitivamente desalojado.

De ahí que, si la supuesta obra hubiese tenido lugar entre el 2009 y 2014, habría sido este testigo, reconocido como víctima, quien habría dado cuenta del mismo. Es más, de haber existido la ampliación de la piscina con posterioridad al 2014 y antes de diciembre de 2016 -cuando arribaron los peritos del I.G.A.C. al [...] para realizar el levantamiento topográfico- es claro que tratándose de una construcción civil deben existir documentos tales como contratos de obra, estudios de suelo, licencia de construcción y demás permisos emitidos por las autoridades respectivas que demostraran su existencia, y estos no fueron allegados al proceso.

De otra parte, el ad quem estimó que el polígono [...] se ubicaba sobre una zona de playa con ocasión de la misiva enviada el 16 de diciembre de 2008 por RU, Secretario de Hacienda distrital, a MM, Secretaria del Interior, así como de la solicitud presentada por LERP el 19 de enero de 2009 a VEJ, dado que en ambas se daba a entender que sobre el predio en mención se había

otorgado permiso de ocupación y estaba siendo ocupado por un tercero, pese a la compra realizada por el [...] Cartagena.

Si bien, no desconoce la Sala que el contenido de los citados documentos respaldaría la tesis de la Fiscalía, lo cierto es que está demostrado con suficiencia que el polígono [...] no se encuentra ubicado en el área de playa ocupada por el establecimiento [...], información que era conocida por quienes suscribieron las peticiones.

Por consiguiente, como uno y otro legajo expresan una finalidad común, cual es, procurar el desalojo de JDUO de la zona aledaña al [...], las pruebas allegadas al juicio exponen otra hipótesis por la cual los implicados pudieron obrar en ese sentido.

En sesión de juicio oral del 22 de noviembre de 2019, PCP, como asesora contractual del hotel, relató que entre la gerencia del [...] y [...] se presentaron inconvenientes por el trato que éste dispensaba a los huéspedes que no hacían uso de los servicios del comercio, quejas por el ruido y el expendio de sustancias estupefacientes, situaciones que se agravaron en el 2008 cuando arribaron varios ciudadanos de un crucero y dejando sus pertenencias en el establecimiento, fueron víctimas de clonación de tarjetas, siendo este el motivo principal por el cual el hotel resolvió no suscribir más convenios con los propietarios de [...].

A raíz de esto, agregó la testigo, JDUO les hacía saber que tenía una buena relación de amistad con el capitán de puerto VHI, al punto de haberse sentido amedrentada por estos ciudadanos.

Por su parte, JDUO relató que al culminar la relación comercial con el hotel, entre septiembre y octubre de 2008, la abogada del [...], PCP le exigió abandonar el terreno aduciendo que era propiedad del hotel y que tanto él como el capitán se exponían a una investigación penal y disciplinaria. Luego de lo cual recibió diversas visitas de autoridades distritales encaminadas a verificar el área donde se encontraba y a pedir su restitución.

En ese orden, para la Corte es plausible que LÉRP, con cierta connivencia de las autoridades distritales, se haya valido de la negociación realizada sobre el polígono [...] para hacer creer a JDUO que había adquirido el área de playa aledaña que ocupaba con su establecimiento [...], como única alternativa viable para culminar en definitiva los tratos comerciales que sostenían a causa de las desavenencias presentadas y lograr el desalojo definitivo de su inconveniente vecino.

Con independencia del reproche que este proceder pueda merecer, lo que interesa para el

asunto concreto es que la existencia de esta alternativa para la comprensión de los citados legajos, mengua el poder suasorio conferido por el Tribunal para validar la teoría de cargo, quedando por ello sin fundamento ninguno los argumentos aducidos por el Juez colegiado para respaldar la pretensión condenatoria.

De lo expuesto, conviene recordar que según el artículo 63 de la Constitución Política los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, en tanto que el artículo 1519 del Código Civil precisa que es objeto ilícito contractual todo lo que contraviene el derecho público de la Nación.

En ese sentido, cuando se dispone la enajenación de un bien de uso público, se desconocería un requisito necesario para obligarse, cual es, que el acto o declaración de voluntad entre las partes recaiga sobre un objeto lícito, en virtud del artículo 1502 del Código Civil.

En el caso concreto, comoquiera que no se demostró que el polígono [...] corresponda a una zona de playa, bien de uso público, la venta del citado predio mediante escritura pública [...] de 2009, suscrita por JCPF, en su condición de exalcaldesa de Cartagena y LÉRP, como representante legal del [...] no versó sobre un objeto ilícito.

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración / BALDÍOS - Enajenación de tierras adjudicadas: requisitos / BALDÍOS - Enajenación de tierras adjudicadas: requisitos, avalúo del bien / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - No se configura: cuando el bien baldío objeto del contrato es enajenado cumpliendo las disposiciones que lo regulan / DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia: revoca y confirma absolución de primera instancia

En su lugar, se acreditó que el denominado polígono [...] es un área de terreno no reconocida en los títulos de propiedad del [...], sobre la cual se encuentra construida parte de la piscina y del salón de eventos del hotel desde 1971. Área sobre la cual el distrito de Cartagena, por las disposiciones del P.O.T. dispensó el tratamiento de bien baldío urbano, cuya venta estuvo regida por el Acuerdo 030 de 2006.

Es por ello que las supuestas irregularidades que el ente acusador expuso sobre el avalúo del predio, la ilegalidad del precio y la modalidad de

venta encuentran respuesta en la aplicación que el distrito de Cartagena dio al citado Acuerdo.

Contrario a lo afirmado por la Fiscalía, para la enajenación del polígono [...] como bien baldío adscrito al Programa de Baldíos del distrito, en virtud del parágrafo 3° del artículo 5° del Acuerdo 030 de 2006, se permitió la venta directa por estar acreditado que este venía siendo ocupado por el Hotel [...], hoy [...] desde 1971, de manera que se cumplía el presupuesto de la citada disposición relativa a que ese beneficio sería conferido a quienes demostraran la tenencia por más de cinco años.

Asimismo, según el artículo 7° del Acuerdo 030 de 2006, el avalúo base para la cuantía de la venta “será el catastral que los mismos tengan al momento de iniciarse la negociación”, en tanto que la disposición final sería el valor comercial de zonas o sectores homogéneos, según la clasificación de zonas homogéneas de la autoridad catastral o por los avalúos comerciales practicados por el I.G.A.C. o peritos avaluadores miembros de la Lonja de propiedad Raíz.

Al respecto, obra en el plenario que para el 23 de septiembre de 2004 el valor catastral del mencionado lote correspondía a \$174.915.000 por estar ubicado en la zona homogénea No. 1 del distrito de Cartagena, por ende, este valor según el Acuerdo constituía el avalúo base para la venta. En tanto que el avalúo comercial, final, realizado por RECC fue por \$207.187.500, es decir, superando el valor inicial en un 18,45%.

En lo que atañe a la supuesta ilegalidad del precio porque, a juicio de la Fiscalía, este fue castigado injustificadamente en un 75%, obedece a una inadecuada lectura del avalúo realizado por RECC.

En efecto, el procesado aseveró que si bien el metro cuadrado de los lotes cercanos al avaluado, en virtud de los propósitos y beneficios urbanísticos que presentaban estaban estimados en \$3.000.000, este valor no sería aplicable al polígono [...], toda vez que carecía de independencia a causa de las limitaciones de sus linderos, la incapacidad de convertirse un lote urbanizable, su limitación productiva y de competencia en el mercado, pues sólo serviría para prolongar el lote existente de su vecino en colindancia de la parte de atrás.

Analizadas estas consideraciones y habiendo sido establecido que el polígono en comento corresponde a un área que ya venía siendo ocupada por el [...] desde hacía más de 20 años, en donde yacen parte de la piscina y del salón de eventos de este, cobran relevancia las conclusiones del procesado, en atención a que su

particular ubicación, en efecto, solo podría beneficiar a su vecino en colindancia de la parte de atrás al permitirle legalizar la cabida efectivamente ocupada por la construcción, para acrecentar el terreno considerado como urbanizable sobre el cual funciona el hotel como tal.

Es por ello, entonces, que resulta una inadecuada inferencia lógica establecer el valor del metro cuadrado del polígono [...] a partir de la estimación de los demás inmuebles urbanizables del sector, pues existían demarcadas diferencias que lo impedían. Con todo, tal como lo destacaron los defensores y se aprecia en el plenario, ningún otro avalúo sobre el polígono fue aportado por el acusador para desacreditar el realizado por el procesado que, en últimas, fue superior al avalúo catastral del lote en cuestión.

De otra parte, aunque el ente acusador cuestionó que RECC contara con la calidad exigida por la norma para rendir el avalúo del polígono [...], pretermitió con ello que este, según documento del 5 de septiembre de 2008 fue realizado por el citado procesado, pero también avalado por los ingenieros LMR y OS, miembros de Corpolygonas de Colombia, este último con facultades para avalar, respaldar y firmar avalúos comerciales a nivel nacional. Es más, destacando esta situación es que LÉRP lo allegó a la secretaría de hacienda distrital el 8 de septiembre siguiente.

Por tanto, no habiéndose demostrado la materialidad del delito ni la responsabilidad de los procesados en este, la Corte revocará la sentencia impugnada, para confirmar, en su lugar, la absolución proferida por la primera instancia en favor de JCPF y VEJ por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

BIENES DE LA UNIÓN - Naturaleza / **BIENES DE LA NACIÓN** - De uso público o bienes públicos del territorio / **BIENES BALDIOS** - Concepto / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: imprescriptibilidad / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inembargabilidad / **BIENES FISCALES** - Concepto / **BIENES FISCALES** - Pueden ser objeto de enajenación, embargo o usucapión

Con respecto a la definición de los bienes del Estado, como objeto material de contenido normativo del tipo penal, el artículo 674 del Código Civil dispone que son bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Distingue los bienes de uso público de los fiscales, bajo el entendido que los primeros pertenecen a todos los habitantes del territorio,

como las calles, plazas, puentes y caminos, en tanto que los segundos, son aquellos que pertenecen a una persona jurídica de derecho público y generalmente son empleados para el cumplimiento de las funciones públicas.

Son bienes de la Unión, también, los baldíos entendidos como “todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño”, según el artículo 675 del mismo cuerpo normativo.

Con el fin de proteger y asegurar el destino de los bienes de uso público, el artículo 63 de la Constitución Política precisa que estos bienes son inalienables, es decir que se encuentran fuera del comercio y por ello no pueden ser vendidos, donados, permutados o, en general, ser objeto de esta clase de negocios jurídicos. Son inembargables, toda vez que sobre ellos no deben recaer medidas cautelares e imprescriptibles, dado que no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

A diferencia de estos, los bienes fiscales siendo de propiedad del Estado, son administradas conforme al ordenamiento jurídico civil o comercial, de manera que tienen el carácter de enajenables o embargables, no obstante, conservan la condición de imprescriptibles.

PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros: disponibilidad jurídica y material / **CONSTITUCIÓN POLÍTICA** - Artículo 82: es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Características: inalienabilidad: impide que pueda fijarse un valor

La relación de sujeción del servidor público para la administración, tenencia o custodia, jurídica o material de los bienes de uso público como bienes del Estado, como presupuesto para la configuración del delito de peculado por apropiación, surge del mandato previsto en el artículo 82 de la Constitución Política, según el cual es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público -que siendo un concepto más amplio, comprende los bienes de uso público - y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Comoquiera que la descripción típica para el delito de peculado por apropiación incluye diversas respuestas punitivas a partir de la cuantía de lo apropiado y siendo objeto material de la conducta los bienes del Estado, la

interrelación de ambas aristas supone que estos, para el legislador, sin distinción, son susceptibles de ser evaluados.

Si bien, podría oponerse que los bienes de uso público dado su carácter de inajenables carecen de valor, es claro que dicha condición está referida a la prohibición constitucional de que estos sean transados en el comercio, es decir, concretada a la limitación de su negociación bajo las reglas del libre mercado, lo que en manera alguna impide que para ellos pueda fijarse un valor.

PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros: demostración / **BIEN DE USO PÚBLICO** - No se configura / **BIENES BALDÍOS** - Enajenación de tierras adjudicadas: requisitos, avalúo del bien / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: no se configura / **SENTENCIA ABSOLUTORIA** - El Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia del acusado / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: no se configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: revoca y confirma absolución de primera instancia / **LIBERTAD** - Inmediata e incondicional: con ocasión de sentencia absolutoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Orden de captura: cancelación por sentencia absolutoria

Para la Fiscalía, la alcaldesa JCPF junto con VEJ, contando con la asesoría de DGTL, vendieron a LÉRP, gerente del [...], 243,75 m² de playa marítima, evaluados por RECC, pese a su calidad de bien de uso público del Estado.

Al respecto, es del caso destacar que desde los albores del análisis del presente delito surge evidente que no fue acreditado que el predio vendido mediante escritura pública [...] del 23 de febrero de 2009, esto es, el polígono [...], sea una playa marítima.

Queriendo decir lo anterior que, al verificar los elementos de la descripción típica del delito contra la Administración Pública, no se advierte que el ente acusador haya logrado acreditar que la conducta recayó sobre un bien de uso público, como objeto material de contenido normativo previsto en el tipo penal.

Ahora, no pasa desapercibido para la Sala que el ad quem también tuvo por demostrado que la supuesta playa fue vendida por un precio menor al comercial, en atención a que el metro cuadrado para la zona urbanística en la que está ubicado el polígono [...] era de \$3.000.000, según el avalúo realizado por RECC el 5 de septiembre de 2008, por tanto, al multiplicar esa cifra con la extensión del predio equivalente 243,75 m²,

arrojaba un valor de \$731.250.000, manifiestamente superior al precio cobrado por los procesados.

Al respecto, tal como se destacó líneas atrás, habiendo sido establecido que el polígono en comento corresponde a un área que ya venía siendo ocupada desde la construcción misma del entonces edificio [...], hoy [...], declarada como bien baldío por el distrito de Cartagena, se aprecian razonables las motivaciones que RECC expuso para estimar el precio comercial del bien en \$207.187.500, pues, en efecto, la falta de independencia en sus linderos con respecto al lote que acrecentaba, la imposibilidad de urbanización con la dotación autónoma de servicios públicos, así como la limitación productiva y de competencia del mercado y su reducida extensión, necesariamente incidían en la determinación del precio, no siendo por ello equiparable a las demás construcciones que caracterizaban la zona urbanística y turística de El Laguito, como lo adujo la Fiscalía.

Con todo, ningún otro avalúo sobre el polígono [...], en concreto, o respecto de otros bienes en similar situación, fue aportado por el ente acusador para desacreditar el realizado por el procesado que, en últimas, fue superior al avalúo catastral del lote en cuestión.

A propósito de lo expuesto, conviene recordar que según el artículo 7° del Acuerdo 030 de 2006, el avalúo base para la cuantía de la venta de los bienes baldíos sería el catastral al momento de iniciarse la negociación, mientras que la disposición final del predio se definiría a partir del valor comercial de zonas o sectores homogéneos, según la clasificación de zonas homogéneas de la autoridad catastral o por los avalúos comerciales practicados por el I.G.A.C. o peritos evaluadores miembros de la Lonja de propiedad Raíz.

Sobre el punto, obra en el plenario que para el 23 de septiembre de 2004 el valor catastral del mencionado lote correspondía a \$174.915.000 por estar ubicado en la zona homogénea No. 1 del distrito de Cartagena, en tanto que el avalúo comercial final, realizado por RECC, LMR y OASR, miembros de Corpolonjas, fue por \$207.187.500, es decir que el precio final, en todo caso, excedió en un 18,45% la previsión fiscal que el distrito aspiraba a recibir con la venta del bien baldío.

En ese orden, carece de fundamento probatorio la aseveración del ente acusador y el Tribunal consistente en que el precio de venta del polígono [...] fue castigado injustificadamente, por el contrario, la Corte observa que este fue

establecido a partir de criterios razonables, aunado a que no se acreditó que los procesados hubiesen obrado coludidos en la venta del polígono [...] para defraudar los intereses del distrito de Cartagena.

En conclusión, como el órgano persecutor no logró desvirtuar la presunción de inocencia de los enjuiciados, con fundamento en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la Sala revocará, también, la condena impartida contra los procesados por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado y, en su lugar, confirmará la absolutoria de primera instancia.

Por consiguiente, se ordena la libertad inmediata de JCPF y VEJ, privadas de la libertad por cuenta de esta actuación, la que se hará efectiva siempre y cuando no tengan otros requerimientos de otra autoridad judicial.

Asimismo, se dispone a través del Juzgado de primera instancia la cancelación de las órdenes de captura emitidas en contra de DGTL, LÉRP y RECC emitidas por el Tribunal Superior de Cartagena.

4. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Órganos de promoción y protección de los derechos / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Competencia / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento: solución amistosa / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento: solución amistosa, acuerdo, efectos / **PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA** - Alcance / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Sala de Casación Penal: no emite juicio de responsabilidad penal de los procesados

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de revisión presentado por la Procuradora 161 Judicial II contra la Resolución del 28 de mayo de 2014 emitida por la Fiscalía 73 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

En esta oportunidad, la Sala declaró fundada la causal tercera de revisión del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -cuarta de la Ley 906 de 2004-. Así mismo, dejó sin efecto la actuación a partir, inclusive, de la Resolución del 25 de junio de 2012 mediante la cual la Fiscalía 80 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos decretó la preclusión oficiosa por prescripción de la acción pena. Por lo anterior, ordenó remitir el expediente a la Dirección de Fiscalías Especializadas de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, para que el proceso sea asignado a un funcionario de esa unidad diferente al que profirió la preclusión para que continúe con la etapa de la causa.

Al respecto, se hizo un desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de sus órganos, competencia, procedimiento de solución amistosa de conflictos, los efectos y alcance de los acuerdos en el ordenamiento jurídico colombiano.

SP115-2023(50336) de 29/03/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. De acuerdo con la providencia del 12 de junio de 2012, emitida por la Fiscalía 80 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, A.Z.D.V. denunció que el 1° de junio de 1992, su hijo O.Z.V. fue sacado violentamente de su casa de habitación, ubicada en la finca del Municipio de San Jacinto, Bolívar, luego de que allí arribara un número considerable de militares pertenecientes a la infantería de marina, quienes ejercían labores de control en la zona.
2. Según la denuncia, ingresaron violentamente a la casa, detuvieron al joven, pusieron boca abajo al resto de sus familiares, esto es, a su madre y cuatro hermanos menores, patearon a O.Z.V. colocándole un costal en la cabeza y lo llevaron en contra de su voluntad al interior del camión en que se movilizaban. A ese mismo camión también obligaron a subir a la denunciante, quien fue maltratada y se pudo percatar de los tratos crueles que le infligían a su hijo.
3. Luego de ello, de conformidad con su relato, su hijo estuvo retenido en un colegio y ella, después de ser transportada en el camión en que se movilizaban, fue abandonada, el 4 de junio del mismo mes, cerca de la vereda de Matuya del municipio de María la Baja, Bolívar. Desde entonces, no volvió a tener conocimiento de la ubicación de su hijo hasta cuando, días después, fue hallado su cadáver en estado de descomposición en la base del cerro el Capiro con disparos de arma de fuego.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Órganos de promoción y protección de los derechos / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Competencia / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento: solución amistosa / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento: solución amistosa, acuerdo, efectos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Alcance de la solución amistosa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos / **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Alcance de la solución amistosa celebrada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sobre el carácter vinculante de los Acuerdos de Solución Amistosa suscritos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Ante la ausencia de un instrumento internacional que consagrara obligaciones exigibles a los Estados en materia de derechos y libertades en la región, la Organización de Estados Americanos (OEA) promovió la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Este tratado fue adoptado el 22 de noviembre de 1969 y Colombia lo suscribió y luego aprobó, mediante la Ley 16 de 1972. En virtud del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, la CADH hace parte del Bloque de Constitucionalidad, lo que significa que las normas que integran este tratado tienen la misma jerarquía de la Carta y sirven como parámetro de control de constitucionalidad (CC C-225 de 1995 y C-221 de 2007).

La CADH contempló dos órganos encargados de la promoción y protección de los derechos establecidos en ella: (i) la CIDH y (ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El artículo 44 de la Convención dispone que “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”. Por tanto, la CIDH atiende y estudia las quejas presentadas por cualquier persona o grupo de personas; y decide si la somete o no a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, por cuanto el artículo 61 de la Convención, prevé que “[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

Por su parte, el artículo 48 de la CADH y el artículo 37.4 del Reglamento de la CIDH establecen que antes de pronunciarse sobre la petición en la que se denuncia la violación de la Convención, esa institución invitará a las partes para que manifiesten su interés en iniciar el proceso de solución amistosa para alcanzar la resolución del caso por una vía no contenciosa.

La solución amistosa requiere del consentimiento de las partes, y en caso de que alguna de ellas exteriorice su voluntad de no continuar la negociación, la misma concluye en ese momento

y autoriza que la CIDH continúe el trámite contencioso.

Ahora, cuando se suscribe un acuerdo de solución amistosa, según el artículo 49 de la Convención, la CIDH “redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible”.

De otra parte, si el Estado que suscribió el acuerdo incumple lo señalado en dicho Informe de Solución Amistosa, según el artículo 45 del Reglamento de la CIDH, esa entidad podrá someter el caso a la Corte IDH. En esos eventos, dada la naturaleza obligatoria de este tipo de informes en donde se registró un reconocimiento de la responsabilidad en la violación de derechos humanos por parte de un Estado y, en virtud de ello, se suscribieron unos acuerdos, la Corte IDH ha señalado que posee competencia incontrovertible para conocer el asunto y sancionar al Estado si no se acoge a lo acordado (en ese sentido, ver v.gr. Corte IDH, Caso Wilson Gutiérrez Soler y otros, vs. Salvador y Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia).

Así las cosas, una vez celebrado el acuerdo de solución amistosa, al Estado no le queda otra opción diferente a la de cumplir los compromisos adquiridos en el mismo, pues en caso de no hacerlo, queda expuesto a una condena internacional por parte de la Corte IDH por incumplimiento de lo pactado.

De acuerdo con lo anterior, como lo ha sostenido esta Corporación pacíficamente en decisiones anteriores (v.gr CSJ-SCP Revisión 30642 de 2012;), es claro que este tipo de informes no son simples recomendaciones, sino decisiones de un órgano internacional que contienen obligaciones claras y exigibles para el Estado en materia de derechos humanos respecto de las que el mismo se comprometió, y por lo tanto, que pueden ser invocadas dentro de la causal de revisión contenida en el numeral 3 de artículo 220 de la Ley 600 de 2000 y el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Justicia: como valor fundante del Estado / **CONSTITUCIÓN POLÍTICA** - Fines estatales / **DEBIDO PROCESO** - Componentes / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Concepto / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principios / **INVESTIGACIÓN** - Fines / **VÍCTIMA** - Derecho a la verdad, la justicia y la reparación / **PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA** - Alcance / **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Órdenes al Estado de Colombia: adelantar las investigaciones y sancionar a los responsables del crimen / **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD** - Efectos jurídicos: respecto de los tratados y convenios debidamente ratificados por Colombia / **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD** - Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Alcance de la solución amistosa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: casos de preclusión, cesación de procedimiento o absolución por violación a los DDHH o DIH, procedencia y o requisitos, solución amistosa celebrada ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Hecho y prueba nuevos: efectos, evento en que se declara fundada la causal / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Prescripción: inoperancia del término prescriptivo / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Sala de Casación Penal: no emite juicio de responsabilidad penal de los procesados / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - No es una instancia adicional

Uno de los valores fundantes del Estado colombiano es la justicia. Así se desprende del preámbulo de Constitución Política. Igualmente, son fines estatales asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Con ese ideal, el ordenamiento jurídico prevé el juzgamiento de los ciudadanos infractores de la ley penal con estricto acatamiento del debido proceso en sus componentes de juez natural, legalidad, defensa, contradicción, presunción de inocencia y doble instancia.

A su turno, la administración de justicia como función pública se constituye en el instrumento idóneo para la solución de los conflictos humanos y lograr la tan anhelada paz social a través de las decisiones judiciales en las que se busca dar a cada uno lo que le corresponde. En esta tarea, hay ciertos principios que marcan de forma preponderante el ejercicio jurisdiccional, estos

son, los de gratuidad, imparcialidad, celeridad, eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad, postulados que han de ser aplicados con extremo rigor durante todas las fases del proceso.

Ahora, en cuanto hace referencia a la labor eminentemente investigativa y a los fines que le son propios, los cuales, están íntimamente relacionados con el esclarecimiento de la verdad y la determinación de los responsables de las infracciones penales, es claro que aquella debe ser vasta, completa, suficiente, rigurosa y sin dilaciones injustificadas. Solo una gestión instructiva, respetuosa de tales postulados, podría garantizar una verdadera protección judicial y los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En este caso, Colombia reconoció su responsabilidad internacional en los hechos cuyas víctimas fueron OZV, AVDZ y sus familiares, por la violación de los artículos 4º, 5º, 7º, 8º, 22 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Es por ello que, celebró un Acuerdo de Solución Amistosa con las víctimas ante la CIDH, donde se comprometió entre otros, a promover, por conducto de la Procuraduría General de la Nación, las acciones pertinentes para que se revisara la presente investigación.

Pese a que la Fiscalía General de la Nación tardó más de 20 años en realizar las labores necesarias para concluir la etapa de investigación, el 12 de junio de 2012, resolvió proferir resolución de acusación contra los aquí procesados. Sin embargo, tal como quedó señalado en el acápite 7.7., de manera intempestiva y sorpresiva, 13 días después de haber calificado el mérito del sumario, resolvió precluir la investigación por prescripción de la acción penal, desconociendo incluso sus mismos precedentes en donde se había señalado que por estar ante graves violaciones a los derechos humanos se trataba de unos delitos imprescriptibles. Tal actuación, en palabras de la Corte IDH es constitutiva de la llamada “cosa juzgada fraudulenta”.

[...]

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que el reconocimiento de responsabilidad hecho por el Estado da cuenta, de manera incontrovertible, (a) de la existencia de graves violaciones a los derechos humanos en este asunto, que vulneraron las obligaciones establecidas en la

CADH y (b) que la investigación no se adelantó con total respeto del derecho del debido proceso, pues se decretó la prescripción de la acción penal dentro de un procedimiento que hasta el momento no ha sancionado a los responsables de los hechos objeto de investigación, lo que motivó que el Estado se comprometiera a darle trámite a la presente acción de revisión.

En ese orden de ideas, (i) en aplicación del principio del pacta sunt servanda según el cual las obligaciones que se desprendan de los tratados internacionales deben ser cumplidas de buena fe por los Estados contratantes, como en esta ocasión lo exige el cumplir con lo dispuesto en un Informe de Solución Amistosa en los términos de la CADH; y (ii) con ocasión al reconocimiento de responsabilidad hecho por Estado colombiano y al compromiso suscrito ante la CIDH registrado en el Informe de Solución Amistosa n.º [...] del 30 de noviembre de 2016, emitido dentro del caso n.º [...], la Sala declarará fundada la causal de revisión invocada y adoptará una serie de decisiones frente al proceso penal en el marco del cual el Ministerio Público presentó esta acción, que se describirán a continuación.

[...]

Obra en el expediente la decisión judicial de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal a favor de HMRB, PJYG, CABC, MVL, OEDLCG, GPCV, NGT, RGAB, JB, FAQ y EFN por los delitos de homicidio y tortura.

Asimismo, que los hechos objeto de investigación, acaecidos el 1º de junio de 1992, son susceptibles de la aplicación retroactiva de la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -idéntico motivo cuarto del canon 192 de la Ley 906 de 2004-, en tanto para esa época ya estaba vigente la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme a la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 Superior de conformidad con la jurisprudencia de

esta Sala (v.gr CSJ SCP Revisión Rad. 30642 de 2012; Rad 31194 de 2014; Rad. 40949 de 2015; Rad. 51188 de 2022).

También consta que en el Informe de Solución Amistosa n.º [...] del 30 de noviembre de 2016 el Estado colombiano reconoció su responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos en este caso y, en consecuencia, se comprometió a darle trámite a la presente acción de revisión.

En virtud de ese acuerdo, que tiene carácter vinculante para el Estado colombiano y todos sus órganos, la Sala declarará fundada la causal tercera de revisión del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -cuarta de la Ley 906 de 2004- a cuyo amparo, la Procuraduría 161 Judicial Penal II presentó esta acción de revisión,

Es del caso aclarar que, esta decisión que adopta la Sala no comporta un juicio de compromiso sobre la materialidad de los delitos o de la responsabilidad penal de los procesados, pues tal como lo reconoce el defensor de HMRB, PJYG, CABC, MVL, OEDLCG, GPCV, NGT, RGAB, JB, FAQ y EFN, se trata de aspectos que desbordan los objetivos de la acción de revisión, en tanto apunta, exclusivamente, a que se reanude la investigación, con el fin de cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas y así establecer, de manera imparcial, la verdad de las circunstancias que rodearon la tortura de AVDZ y OZV, y la posterior muerte de éste.

En ese sentido, se dejará sin efecto la actuación a partir, inclusive, de la resolución del 25 de junio de 2012 mediante la cual la Fiscalía 80 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos decretó la preclusión oficiosa por prescripción de la acción penal en favor de HMRB, PJYG, CABC, MVL, OEDLCG, GPCV, NGT, RGAB, JB, FAQ y EFN por los delitos de homicidio y tortura. En efecto, se ordenará devolver el proceso a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo.

Inicio

5. CASO GROOMING

/ **GROOMING** - Concepto / **GROOMING** - Alcance / **GROOMING** - Fases para su consumación / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming

/ **GROOMING** - Consumación: realización de actos preparatorios dentro de un plan delictivo / **GROOMING** - Consumación: utilizado como instrumento para establecer una correspondencia inequívoca que apunte al enlace virtual con el menor / **GROOMING** - Objetivo: ulterior contacto sexual / **ACTOS**

SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Grooming: demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: improcedencia / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo cualificado de especial protección constitucional / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo calificado, incapaz absoluto / **TESTIMONIO DEL MENOR** - Víctima de delitos sexuales: testigo directo / **DELITOS SEXUALES** - Uso de las tecnologías de la información y la comunicación / **ABOGADO** - Deberes: incumplimiento

La Sala de Casación Penal decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de A.F.C., contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santiago de Cali, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, a través del cual condenó al acusado como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y lo absolvió del cargo del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

En esta oportunidad la Sala no caso la sentencia.

Para ello, se desarrolló la figura del grooming tanto de manera general como aplicado al delito de acto sexual con menor de 14 años, así como el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la consumación de los delitos sexuales.

SP086-2023(53097) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la ciudad de Cali, a partir del año 2011, A.F.C., de 21 años, entabló comunicación a través del PIN de BlackBerry con la menor de edad (en ese entonces de 11 años) D.M.M.C., a quien conocía en virtud de la participación de ambos como integrantes de la banda músico-marcial del colegio N.S.A.; la niña como estudiante; el hombre, como refuerzo en las presentaciones de la agrupación y en la enseñanza musical.
2. Iniciado el intercambio de mensajes en un principio de contenido normal, A.F.C. empezó a solicitar fotos a la menor, en principio

vistiendo el uniforme de la banda, luego en pantaloneta, evolucionando los requerimientos a imágenes en vestido de baño, en ropa interior y finalmente desnuda, propuestas a la que D.M.M.C. accedió remitiendo las imágenes, recibiendo ella, en algunas oportunidades fotografías de A., de su torso desnudo y en una ocasión de su miembro viril.

3. En este contexto, A.F.C., entre los años 2012 y 2014 acude eventualmente y de manera esporádica, en 5 oportunidades, a la residencia de D.M.M.C., en horas de la tarde y cuando ésta se encuentra sola. Allí, en una primera oportunidad la besa en la boca introduciéndole la lengua en su cavidad bucal, y en posteriores visitas, toca sus senos y vagina, unas veces por encima de la ropa, otras veces sin mediar prenda de vestir.
4. Estos eventos logran salir a la luz, como consecuencia de la circulación en redes de una fotografía de D.M.M.C. con el torso desnudo, en virtud de lo cual, al ser informada de ello a través de algunas de sus amigas y compañeras, la hace entrar en shock, recibiendo la atención del personal profesional de la entidad educativa.
5. Enterada la progenitora de D.M.M.C. de lo ocurrido con la fotografía, la menor admite haber enviado la imagen a A.F.C., y le relata lo acontecido con esta persona desde el 2011, razón por la cual, la madre decide interponer la correspondiente denuncia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

GROOMING - Concepto / **GROOMING** - Alcance / **GROOMING** - Fases para su consumación

El 'grooming' o 'child grooming', hace referencia, en pocas palabras, al contacto vía TICs, preordenado a la actividad sexual con menores.

La literatura especializada se refiere a esta actividad como una especie de 'seducción emocional de menores de edad', a fin de conseguir que éstos realicen conductas sexuales, ello, haciendo uso de las tecnologías de la información, sin excluir el uso de otras formas de comunicación off-line. En otras palabras, el término cobija el "conjunto de estrategias, conducentes a ganarse la confianza de un menor de edad obteniendo control sobre el mismo para lograr tener acceso sexual a éste", describiéndose como "el proceso con el que se inicia el ciclo de abuso sexual, llegando a constituir una parte integral de todo el proceso de abuso".

Esta actividad puede abarcar un intercambio epistolar erótico o sexual con el niño o niña, en el que de manera progresiva y conforme avanza el diálogo, el actor puede solicitar audios, fotos o sugerir encuentros.

Los estudios acerca de este proceso de socialización entre el adulto y el menor de edad con fines en últimas criminales, han identificado las siguientes fases del 'grooming':

- Fase de establecimiento de amistad, que implica que el ofensor conoce al niño. [...] en esta fase generalmente el ofensor requiere al menor que le facilite alguna fotografía suya con una doble finalidad: confirmar que efectivamente ha iniciado una relación con un menor, y asegurarse de que el menor se adecúa a su predilección. Las solicitudes de fotografías generalmente se limitan únicamente a aquellas imágenes en que aparece solo la cara del menor o que son tomadas durante vacaciones familiares o en circunstancias de este tipo; hay que esperar a un momento posterior para que las solicitudes escalen hasta pedir imágenes sexuales del menor.

- Fase de conformación de la relación, que es una extensión de la primera fase en la cual el adulto puede iniciar conversaciones sobre cuestiones relacionadas con la vida del menor, como el colegio o cuestiones domésticas [...] tienden a crear la ilusión en el niño de ser buenos amigos [...]

- Fase de valoración de riesgo, en aquellos casos en que el ofensor pasa a preguntas para obtener información acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor, [...]. En este caso de lo que se trata es de valorar las posibilidades de éxito que tiene el ofensor, de manera que pretende garantizarse que el menor se halle socialmente aislado en cuanto a relaciones de apoyo o que sea vulnerable en algún sentido.

- Fase de exclusividad, cuando la conversación se torna más personal o privada [...]. El sujeto activo conduce la interacción de forma muy intencional y en general intensificándola rápidamente, tornándola cada vez más personal, emocional y eventualmente sexual. [...]

- Fase sexual, que se inicia cuando el adulto conduce la conversación hacia un terreno en que la confianza entre ambos parece ya instalada. [...] Al principio, la naturaleza sexual de la conversación online puede ser implícita, pero progresivamente va derivando a intercambio explícitos focalizados en actos sexuales potenciales en el adulto o en el niño. [...] Pese a que no todos los ofensores emplean pornografía, la conversación sexualizada generalmente

precede al intercambio y la creación de material erótico o incluso pornográfico del menor.

PRUEBA - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming / **GROOMING** - Consumación: realización de actos preparatorios dentro de un plan delictivo / **GROOMING** - Consumación: utilizado como instrumento para establecer una correspondencia inequívoca que apunte al enlace virtual con el menor / **GROOMING** - Objetivo: ulterior contacto sexual / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming: demostración / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Bien jurídico tutelado / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria

Igualmente, dentro de los reproches formulados en contra de la valoración del testimonio de D.M.M.C., adujo el impugnante la vulneración de las reglas de la experiencia, en tanto en su criterio, resulta dudoso que la presunta agraviada no recuerde en detalle lo sucedido en cada una de las citas sostenidas en su vivienda con el acusado, limitándose a manifestar que éste le tocó los senos y la vagina. En tal sentido, asegura el recurrente, de acuerdo con las reglas de la experiencia, "los menores de edad que padecen de abuso sexual, casi siempre recuerdan los hechos de que fueron víctimas".

Tal defecto denunciado, carece de sustento y desconoce el contexto en el que se desarrolló la conducta imputada constitutiva del ilícito de Actos sexuales con menor de 14 años. Veamos:

Del relato realizado por la menor en desarrollo del juicio oral, en concordancia con el restante material probatorio legalmente incorporado, es evidente que la conducta objeto de juicio, tuvo desarrollo a través de un contexto típico y/o característico de 'child grooming' o contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores.

En efecto, el aquí enjuiciado, de acuerdo con el relato en juicio de la menor D.M.M.C., valiéndose del inicial interés que la entonces preadolescente le mostró al solicitar su PIN de BlackBerry, empezó, poco a poco a ganar su confianza a través de las conversaciones que sostenían por la red; posteriormente empezó a solicitar sus fotos, primero en uniforme de la banda, luego de transcurrido un tiempo, en vestido de baño; de sus piernas, ulteriormente en ropa interior, para más tarde pedir imágenes desnuda, indagar por su situación familiar a fin de establecer que la niña permanecía sola en su vivienda, para luego

proponer los encuentros físicos en la residencia de la menor y allí, finalmente lograr su objetivo, como fue, alcanzar, gracias a la confianza obtenida, los encuentros eróticos, que según el dicho de la menor en audiencia, llegaron a los besos en la boca y el tocamiento de sus senos y superficie vaginal en varias ocasiones.

Tal conducta debe ser vista en conjunto y no reducir la configuración del delito de acto sexual con menor de 14 años descrito en el artículo 209 del Código Penal a los tocamientos libidinosos puestos de presente sobre la menor de 14 años.

Téngase en cuenta, que actualmente, el “grooming”, a diferencia de legislaciones foráneas, por sí solo y en sus fases iniciales, no alcanza a constituir conducta delictiva contra la libertad, integridad y formación sexuales de acuerdo con la legislación colombiana; solo resulta objeto de reproche, a través del artículo 209 del Código Penal, cuando la ‘inducción’ es específica a realizar actividades sexuales o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima.

Constituye por tanto el proceso del ‘grooming’, unos actos preparatorios o primeros pasos dentro de un plan delictivo idóneo para llegar al ansiado contacto sexual o, en algunos casos, la obtención de material pornográfico de parte del menor o en general a una actividad sexual reprochada penalmente.

Es por todo lo hasta aquí analizado, que el proceso del “grooming”, debe ser utilizado como instrumento de interpretación para establecer una correspondencia inequívoca que apunte a que el enlace virtual con el menor, tiene como objetivo el ulterior contacto sexual, que en efecto, se dio en el presente asunto.

Es así que los acercamientos tipo ‘grooming’ que el acusado tuvo con D.M.M.C. hacen parte en el particular asunto, de los actos preparatorios del delito tipificado en el artículo 209 del estatuto penal, encajando como uno de los primeros pasos dentro de un plan delictivo idóneo para llegar al deseado contacto sexual.

Por lo tanto, calificar el relato de D.M.M.C. en juicio, como falta de detalles, es desconocer la narración de todo el conjunto de acciones encaminadas a obtener ese contacto físico sexual que, si bien tuvo lugar en 4 o 5 oportunidades y obrando tiempo considerable entre uno y otro, según se desprende del relato de la menor, el acusado logró; proceso que la joven adolescente rigurosamente describió.

Insiste la Sala, que en casos como el aquí analizado, limitar la conducta constitutiva de actos sexuales al tocamiento de las partes

íntimas de la menor es injustificable, en tanto la joven víctima y su indemnidad sexual como bien jurídico, entraron en peligro desde las primeras acciones que involucra el proceso de ‘grooming’.

No se puede tampoco perder de vista, que si bien estamos frente a un tipo de ‘abuso’, en la medida que se hace objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, en tanto el individuo o sujeto pasivo de la conducta apenas se encuentra en una etapa elemental de desarrollo en la que su capacidad volitiva está en formación, tal comportamiento carece de contenidos agresivos, violentos o en principio coactivos que puedan resultar traumáticos al menor. Por lo tanto, el detalle incisivo como lo quisiera obtener el demandante, de las fechas exactas, hora y pormenores de la forma en que el acusado tocó las partes de su cuerpo señaladas por D.M.M.C., pueden efectivamente no ser recordadas con tal precisión por ésta, justamente por no ser traumáticos o violentos, en tanto se trató de actividades consentidas como consecuencia de los actos de seducción, encantamiento y atracción que logró el victimario a través de todo aquel conjunto de acciones desarrolladas sobre la menor de 14 años, en pro de controlar y/o lograr la aquiescencia de ésta.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: improcedencia / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo cualificado de especial protección constitucional / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo calificado, incapaz absoluto / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Consentimiento de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años no se puede presumir ni inferir el consentimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: acerca de lo percibido directamente por el testigo no es prueba de referencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: impugnación de credibilidad, evento en que la defensa no utilizó esta herramienta jurídica

En censor planteó diversos reproches relacionados con el cercenamiento de algunos apartes de lostestimonio de A.V.T., Y.O.M. (psicóloga del colegio), N.E.G.A. (coordinadora del colegio) y el psicólogo de la defensa, C.A.V.R. en lo que tiene que ver con hechos y circunstancias que DMMC narró a estas personas según el dicho de éstos.

Tales manifestaciones, por no constituir aspectos que en forma directa y personal observaron o percibieron estos testigos, constituyen prueba de

referencia inadmisibles, razón por la cual no es posible someterlos a valoración probatoria.

Por consiguiente, carece de toda lógica los cargos propuestos en tal sentido.

Ahora bien, aquellos cercenamientos alegados por el abogado defensor vinculados a manifestaciones de algunos testigos, referentes a que aquella sostenía una relación sentimental con un joven de nombre R., que estaba enamorada y obsesionada con el acusado, que compartió fotos íntimas con otro joven de nombre N. y que incluso la adolescente involucrada no presentó afectación alguna, al punto que luego de presentada la denuncia la joven continuó asistiendo a la banda músico-marcial que también frecuentaba A.F.C., carecen tanto de relación con la conducta investigada, como de relevancia para efectos de determinar la responsabilidad del acusado.

Adicionalmente, no tiene en cuenta el censor que tratándose de esta tipología de delitos con menores de 14 años, no existe resistencia por parte del niño o niña implicados, mucho menos violencia por parte del victimario, si la anuencia o consentimiento de la víctima, porque justamente, todas las acciones realizadas por el sujeto activo desde el inicio del contacto con quien se torna en víctima, están dirigidas a conquistar, seducir y al final, controlar a la joven e inexperta púber, quien se ve envuelta por su corta edad, en un falso o engañoso ambiente afectivo. Por ello tampoco se presentan las reacciones de posterior rechazo hacia el sujeto activo, que el demandante echa de menos.

Pareciera en diferentes apartes de la demanda, que el abogado defensor desestima la configuración del delito atribuido a su representado, en tanto no existió resistencia, ni posterior rechazo por parte del sujeto pasivo de la conducta hacia el enjuiciado, e incluso, en tanto la menor expresó atracción por A. y no sentirse afectada por lo que le sucedía entre los años 2011 y 2013, como si aquella fuese la persona idónea para conceptuar el tipo de afectación emocional y psicológica que este proceso de abuso sexual en su desarrollo infantil, le ocasionó.

Olvidó el recurrente, que los tratados internacionales suscritos por Colombia, así como la Constitución Política reconocen a los menores de edad no solo como sujetos de especial protección, sino además, como sujetos de una protección reforzada.

En tal virtud, a diferencia de los casos de violencia sexual, el carácter abusivo de las conductas punibles tipificadas descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, deriva de la

circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal, personal y racional, y especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desarrollado su madurez volitiva y sexual, lo cual se presta para el aprovechamiento indebido por parte de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual, precipitándolos precozmente a unas experiencias para las cuales no están adecuadamente preparados. Y es por ello entre otras razones, que el Legislador considera que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas, sino por tratarse el sujeto pasivo de esta conducta, en últimas, de un incapaz absoluto ante la ley

[...]

Todo lo anterior, desdibuja en consecuencia, cualquier lógica de los cargos propuestos por el abogado en tal sentido.

Los defectos asociados a los testimonios de los psicólogos de la defensa, C.A.V.R. y R.I.P.V., en su mayoría tienen relación directa con la entrevista forense practicada a la menor DMMC previo al juicio, pasando por alto el recurrente que tal elemento material probatorio carece de la calidad de 'prueba', por no haber sido incorporada a través de cualquiera de los mecanismos establecidos por la ley procesal, constituyendo cualquier alusión a ella en la etapa probatoria del juicio 'prueba de referencia' inadmisibles.

Igual calidad tienen otros documentos estudiados por los peritos de la defensa, como lo son el escrito de denuncia, examen de medicina legal practicado a la menor e historia clínica de la niña, desconociendo el censor postulado elemental, de acuerdo con el cual, los fallos de primera y segunda instancia se fundamentan, en las pruebas legalmente incorporadas y debatidas.

Así mismo, desconoció el demandante que si su objetivo era debatir el dicho de la víctima, el medio probatorio a atacar era el testimonio de aquella en juicio, donde el abogado contó con la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, contrainterrogando y utilizando cualquiera de los mecanismos establecidos por la ley procesal para fomentar el debate en juicio (refrescar memoria, impugnar credibilidad o el uso del testimonio adjunto) y no los elementos materiales probatorios e información recolectados en la etapa de indagación que no llegaron a ser incorporados y debatidos en juicio.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -
Demostración / **TESTIGO** - Directo: apreciación

/ **TESTIMONIO DEL MENOR** - Víctima de delitos sexuales: testigo directo / **DELITOS SEXUALES** - Uso de las tecnologías de la información y la comunicación / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: de corroboración periférica / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado.

De lo hasta aquí considerado, emerge el fracaso de los cargos propuestos por el demandante.

Concluye así la Sala, que prueba de la conducta ilícita desplegada por el acusado A.F.C., tal como lo estimaron los jueces de instancia en los fallos atacados, emerge del sólido testimonio de la entonces adolescente, única testigo directa de lo acontecido, en tanto como se deduce de su relato, el procesado se valió del secretismo y/o reserva que proporciona este tipo de conductas que inician a través del uso de la tecnologías de la información, y posteriormente, ya obtenido el interés de la víctima, de la soledad de ésta en su domicilio, en las tardes, mientras sus padres laboraban.

Sin embargo, acudiendo a la metodología de la 'corroboración periférica', es extensa la lista de datos marginales pero importantes comprobados a través del material probatorio legalmente incorporado, que en últimas, conceden solidez al dicho de la víctima y conducen al convencimiento, más allá de toda duda, de la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado en éste. Veamos:

- A.F.C., tal como lo reconoció él mismo y como lo confirmaron la menor involucrada, la madre de ésta, el director de la banda músico marcial, la Coordinadora y la psicóloga de convivencia del colegio, pertenecía agrupación musical del Colegio [...], actuando como refuerzo externo y formador musical.

- La progenitora de DMMC, A.N.C.T., señaló haber regalado a su hija al inicio del último trimestre de 2011 su equipo celular viejo, época que coincide con el inicio de la comunicación por mensajes relatada por la afectada.

- La misma madre de la joven adolescente, confirmó en juicio que por su trabajo y el de su marido, su hija permanecía sola en las tardes en su domicilio, horario en el que tenían lugar las conversaciones vía PIN de Black Berry, y más adelante, los esporádicos encuentros físicos.

- el estado anímico de la víctima al declarar en juicio, su lenguaje corporal y verbal, lo cual tiene coincidencia en la percepción de A.V. a su entrevista forense al narrarle los hechos materia de juzgamiento,

- Y finalmente, la ausencia de cualquier ánimo vengativo o interés de la víctima en perjudicar al acusado.

Todas las anteriores circunstancias consideradas en conjunto, permiten fundamentar el reproche penal en contra de A.F.C.

Consecuencia de todo lo expuesto, la Corte no casará el fallo impugnado, manteniéndose incólume la declaratoria de responsabilidad del procesado.

ABOGADO - Deberes: incumplimiento

Considera la Sala oportuno realizar un llamado de atención al abogado defensor que actuó en el presente asunto, profesional que en desarrollo de la técnica del contrainterrogatorio a la mayoría de los testigos de cargo, desplegó un trato intimidante e irrespetuoso con la intimidad de la menor de edad víctima, desbordando en múltiples ocasiones su labor defensiva, pretendiendo en otras, debatir el comportamiento e integridad moral de aquella, cuando el objeto de debate debe enmarcarse en lo eminentemente jurídico y que fue objeto de acusación.

Se le recuerda, que de acuerdo con la Ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario Único, en su artículo 28 numeral 7º, señala como 'deber profesional del abogado':

"Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión".

6. CASO PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA - Prescripción: término excepcional / **LEY** - Interpretación: criterios, teleológico, aplicación / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Prescripción: término excepcional, contabilización a partir de la resolución de acusación / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Jurisdicción Especial para la Paz: remisión de procesos, no asume competencia con la sola petición del solicitante sino a partir de la decisión que lo determine / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Jurisdicción Especial para la Paz: competencia prevalente, preferente y exclusiva frente a delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, en aquellos procesados que manifiesten acogerse o someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Se configura: como sucede en la generalidad de las relaciones familiares, quienes conforman su núcleo están en capacidad de recibir hasta mínimos detalles sobre sus seres cercanos y de distinguirlos por su continua relación y por su constante contacto / **PRUEBA PERICIAL** - Informe de grafología forense: valoración probatoria / **PRUEBA** - Valoración: puede variar según el proceso en el que se practique / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Configuración: ocultamiento de una persona y no dar información sobre su paradero / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Agravado / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Elementos: persona privada de la libertad y su ocultamiento

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación presentado por los defensores de los ex integrantes del Ejército Nacional, Mayor O.W.V.R. y el Cornel E.S.R.; así mismo, resolvió las impugnaciones especiales formuladas a nombre de los Sargentos (r) F.U.C.P., A.R.J.G. y L.F.N.V., contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que en relación con los dos primeros mencionados modificó y aclaró el fallo de primera instancia, para condenarlos a la pena privativa de la libertad de cuarenta (40) años de prisión, como coautores del delito de desaparición forzada agravada. En relación con los restantes acusados, revocó el fallo absolutorio y, en su lugar, los condenó como coautores de la misma conducta delictiva e impuso igual monto punitivo.

La Sala de Casación Penal no casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá, en razón del recurso extraordinario de casación, y confirmó el mismo fallo en virtud de las impugnaciones especiales presentadas.

Para ello, la Corte explicó el computo del término de prescripción a tener en cuenta para el delito de desaparición forzada, aclarando que es un tiempo excepcional comparado con los delitos comunes, al tenerse de presente que es un delito de ejecución permanente y un delito de lesa humanidad.

Posteriormente, se analizó si el Tribunal tenía la competencia para emitir decisión de fondo, toda vez que los acusados habían manifestado su interés de acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz, a lo cual, se señaló que la suspensión de la actuación procesal y el del término prescripción se da hasta que se asuma su conocimiento y no por la sola petición, por lo que es necesario la solicitud y la decisión de fondo que así lo determine. Por el contrario, los procesados que no manifiesten su interés de acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz, continuará la competencia en la justicia ordinaria.

Por último, la Corte analizó los elementos de configuración del delito de desaparición forzada, y señaló que, existió el material probatorio que determinó que los acusados incurrieron en el delito en mención, toda vez que los familiares de las víctimas lograron identificar a través de videos, que estos salieron con vida del Palacio de Justicia.

SP081-2023(61472) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

**Aclaración de voto:
Gloria Patricia Lopera Mesa**

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Acaecieron en el marco de lo que en la historia reciente de Colombia se ha denominado como «*El holocausto del palacio de justicia*», suceso ocurrido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el grupo insurgente M-19 irrumpió de forma violenta en las instalaciones del Palacio de Justicia, con sede en la capital del país.
2. El ingreso del grupo guerrillero fue repelido por la Fuerza Pública, desplegándose una confrontación armada que dejó como resultado el deceso de Magistrados

integrantes de las altas Cortes, otros funcionarios y empleados de la sede judicial y algunos visitantes, así como significativos daños en personas y bienes.

3. En la operación de retoma de la sede judicial, en una edificación contigua conocida como *La Casa del Florero*, que se usó por el Ejército Nacional, como puesto de mando, se dispuso el traslado de las personas que salieran con vida del Palacio de Justicia, con el propósito de establecer si se trataba de trabajadores, visitantes o guerrilleros del M-19.
4. Esa labor fue encomendada al Grupo de Inteligencia de la Brigada XIII (B-2) del Ejército Nacional, conformado por el Coronel E.S.R., el Capitán Ó.W.V.R. y los Sargentos A.R.J.G., L.F.N.V. y F.U.C.P.
5. El 7 de noviembre de 1985, con el propósito previamente indicado, fueron ingresados a la Casa del Florero I.F.P., C.A.R.V. y B.B.H.; la primera, señalada de pertenecer al contingente guerrillero y los otros dos, según dispuso el grupo de inteligencia militar, trabajadores de la cafetería del Palacio de Justicia y auxiliares del mismo grupo subversivo. De estas personas, a la fecha, no se conoce su paradero.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta / **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Transito legislativo: normatividad aplicable / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Prescripción: término excepcional / **LEY** - Interpretación: criterios, teleológico, aplicación / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Prescripción: término excepcional, contabilización a partir de la resolución de acusación / **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Aplicación de la favorabilidad: se descarta / **DELITOS DE LESA HUMANIDAD** - Concepto / **PRESCRIPCIÓN** - Desaparición forzada / **PRESCRIPCIÓN** - No se configura

[...], la conducta punible endilgada a los ahora acusados reviste la connotación de prescriptible -acorde con su vinculación a esta actuación-, con lo cual, se reitera, en relación con aquellos presuntos infractores no vinculados a una investigación formal rige el criterio de imprescriptibilidad de la acción penal.

Así las cosas, el estudio sobre el presunto acaecimiento del fenómeno prescriptivo se realizará conforme a la normatividad aplicable al presente asunto.

Con ese propósito, y como quiera que la discusión planteada por los casacionistas reside,

en concreto, en el acaecimiento del fenómeno prescriptivo en la fase de juicio, con estricto apego a lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, se tiene que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la Ley, “si fuera privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.”.

Empero, el inciso segundo del citado artículo 83 del C.P., en su texto original, aplicable en este asunto, dada la fecha en que se dispuso el cierre de investigación, esto es, el 18 de julio de 2007, consagra que el “el término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.” (Subrayado fuera de texto).

En tal sentido, debe puntualizarse que esta Corporación tiene decantado que “frente a infracciones de ejecución permanente ha de tenerse en cuenta la norma vigente para el momento en que concluye la consumación o, como ocurre aquí, cuando quedó en firme la clausura de la investigación”, connotación que, sin lugar a equívocos, reviste el delito de desaparición forzada frente al lapso especial de prescripción -30 años-, el cual entró en vigor con la expedición de la Ley 599 de 2000, significando ello que para el momento en que la Fiscalía emitió el cierre de investigación, se erige en la norma sustancial aplicable para el cómputo el término prescriptivo.

Adicionalmente, es importante señalar que la Sala, desde la decisión CSJ AP, 25 ago. 2010, rad. 31407, reiterada en CSJ AP, del 2 de abril de 2011, radicado 36227 y en CSJ AP, 17 jul 2015, rad. 41641, entre otras, ha indicado que, en los delitos de ejecución permanente, cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero se prolongó en el tiempo hasta la promulgación de una nueva y más restrictiva, se impone aplicar la norma que rige para el momento de la ejecución del último acto delictivo.

Ahora bien, en asuntos en que se haya proferido resolución de acusación, como ocurrió en esta actuación, el artículo 86 ibídem consagra que el término de prescripción se interrumpe y “este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado por el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).”.

Desde luego, ese plazo máximo de diez años, que contempla el inciso citado, ha sido modificado, como sucedió con el artículo 83, con la introducción del incremento para el delito de desaparición forzada, pues, así como, respecto de

esta conducta, el límite máximo de prescripción, en la etapa instructiva, derivó hacia 30 años, en el juicio, asciende a 15 años, su mitad.

Aunque, debe precisarse, que para la resolución del presente caso, deviene innecesario realizar la ampliación del término prescriptivo de que trata el artículo 83, inc. 6, de la Ley 599 de 2000, atendiendo la condición de servidores públicos que ostentaban los implicados, pues las normas analizadas en precedencia dan cuenta del no acaecimiento de la prescripción de la acción penal.

Retómese, entonces, que la firmeza del llamamiento a juicio se produjo el 25 de marzo de 2008, data en la que el Vicefiscal General de la Nación confirmó la resolución acusatoria emitida en contra de los implicados, con la aclaración que únicamente procedía por la presenta comisión del delito de desaparición forzada, momento a partir del cual comenzó a contabilizarse el lapso de quince (15) años que, se itera, corresponde a la mitad del período consagrado de manera específica para esta ilicitud en la fase investigativa.

Entonces, resulta diáfano que, en la actual etapa de juzgamiento, aún no se ha agotado el último término reseñado, por lo cual se torna inatendible lo sugerido por los casacionistas y el Fiscal Delegado ante la Corte, en su intervención como no recurrente, que optan por aplicar el límite de diez (10) años, consagrado por el artículo 86, inc. 2, de la Ley 599 de 2000, pues, ello no corresponde al examen taxativo y teleológico de lo querido por el legislador cuando reformó los términos legales, a efectos de incrementar de forma superlativa el lapso cuando se trata del delito de desaparición forzada.

A este efecto, es claro que también el inciso primero del artículo 83, respecto de la etapa investigativa, contempla un plazo máximo de 20 años.

Sin embargo, ello se modificó en el inciso segundo, de manera que se entienda que el criterio general no aplica para un caso excepcional, el delito en cuestión, cuyo término de prescripción se eleva a 30 años.

Si ello es así, evidente la intención de elevar el plazo de prescripción, nada justifica o explica que, entonces, en la fase del juicio, el mismo deba cumplir con el criterio general, desconociendo la finalidad que obligó el incremento, desde luego, también vigente para el enjuiciamiento, dada la naturaleza y gravedad del punible examinado.

En tratándose del inciso primero del artículo 83 del C.P., es claro que allí se determina el lapso máximo de 20 años de prescripción para la gran

mayoría del plexo de delitos que integran el apartado sustantivo de esa codificación en la fase instructiva; empero, en el inciso segundo del mismo canon normativo, tras anunciarse una salvedad, la ley consagró un término de prescripción de 30 años, en la misma etapa, para algunas conductas, entre ellas, la desaparición forzada.

En ese contexto, deviene diáfano que las razones que llevaron al legislador a establecer un trato diferenciador, con asiento en la prolongación del término de prescripción, entre otros, para el delito de desaparición forzada, en la fase instructiva, se constituye, de manera ineludible, en la misma argumentación que daría sustento a su ampliación en la etapa de juzgamiento, ubicándolo por encima del lapso de diez (10) años consagrado, se itera, para ilicitudes de otra estirpe, operando incomprensible que un delito de lesa humanidad solamente encarnara tales efectos prescriptivos en la fase previa al juicio.

Conforme lo ha definido esta Corporación, los delitos de lesa humanidad son “infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana”; de ahí que el término de prescripción para la investigación y juzgamiento de estas conductas en el ordenamiento patrio, diste del mismo tratamiento que amerita tal instituto frente a los delitos comunes; por ello, tampoco deviene aplicable el precedente jurisprudencial reseñado por la defensa de VR y el Delegado Fiscal, sentencia SU-433 de 2020, pues, en este proveído la Corte Constitucional elevó algunas consideraciones respecto de la debida contabilización del término de prescripción de la acción penal, tomando como referente los delitos sexuales contra menores de edad, es decir, no solo no guarda identidad con la clase de punible que se juzga en esta actuación -de lesa humanidad-, sino que, como se evidencia en el inciso 3 del artículo 83 del C.P, para la infracción abordada por el máximo tribunal constitucional, el legislador dispuso de un término de prescripción de veinte (20) años, lapso que, como ya se refirió, difiere del incremento dispuesto para el punible que representa el objeto de este diligenciamiento.

En ese orden de ideas, el cargo formulado por los casacionistas no está llamado a prosperar.

ACUERDO DE PAZ (FARC) - Jurisdicción Especial para la Paz: remisión de procesos, suspensión de la actuación procesal y el término prescripción hasta que esta asuma su conocimiento / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** -

Jurisdicción Especial para la Paz: remisión de procesos, no asume competencia con la sola petición del solicitante sino a partir de la decisión que lo determine / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Jurisdicción Especial para la Paz: competencia prevalente, preferente y exclusiva frente a delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, en aquellos procesados que manifiesten acogerse o someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz / **ACUERDO DE PAZ (FARC)** - Competencia: justicia ordinaria, para procesados que no manifiesten acogerse o someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz / **NULIDAD** - Falta de competencia: no se configura

Retómese que la invalidez de la actuación, perseguida por el defensor del procesado ÓWVR -segundo cargo subsidiario de la demanda casacional- se sustenta en la falta de competencia del Tribunal para emitir el fallo de segundo grado, pues, desatendió el trámite que el implicado adelantó previamente para someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, lo que, a la postre, desembocó en que se emitiera el proveído que dispuso su admisión en la justicia transicional.

No obstante, valga recalcarlo, desatendió el libelista la respuesta que a similar planteamiento brindó el juez colegiado al desatar el recurso de apelación, el cual, en lo fundamental, deviene necesario traer a colación para refrendar la validez del argumento, máxime, cuando encarna un criterio constante en torno al momento procesal en que la jurisdicción ordinaria pierde la potestad de continuar con el juzgamiento ante la intervención de la JEP.

En efecto, con fundamento en la respuesta dada al Tribunal por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la JEP, en el trámite del recurso de apelación, el Ad quem, en la sentencia recurrida, señaló que: “a la fecha no se ha conocido resolución alguna mediante la cual “la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad de esta jurisdicción anuncie públicamente que en tres meses presentará al Tribunal para la Paz su resolución de conclusiones”, es decir, básicamente, asuma competencia del proceso.”.

[...]

Atendiendo a la competencia exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, conforme se establece en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones solo podrán realizar actos de indagación e investigación según el procedimiento que se trate absteniéndose de proferir sentencias, imponer

medidas de aseguramiento, ordenar capturas o cumplir las que previamente se hayan ordenado, que involucren a personas cuyas conductas son competencia de la JEP .

En el evento de que la Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador de que se trate, identifique un caso que haya debido ser objeto del informe de que trata el literal b) de este artículo, deberá remitirlo inmediatamente a la Sala de Reconocimiento. Lo anterior no obsta para que la Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador de que se trate continúen investigando los hechos y conductas que no sean competencia de la JEP y le preste apoyo a los órganos del mismo cuando se le solicite.

Es decir, para el momento en que el Ad quem emitió la sentencia de segundo grado, no se había proferido alguna decisión que decidiera acerca de la satisfacción de la solicitud de sometimiento elevada por VR a la JEP, pues, conforme lo verificó el Tribunal, para ese momento procesal, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, mediante resolución n° 1216 de 15 de marzo de 2021, apenas había asumido el conocimiento de tal requerimiento, razón por la cual solo solicitó la remisión de copia del expediente -se entiende, para obtener un conocimiento cabal del delito por el cual se juzga al procesado-, lo que se respondió por auto de 7 de julio de esa anualidad.

Equivocadamente, cree entender el censor que la insular solicitud de sometimiento a la JEP, traía consigo, como automática consecuencia, la suspensión del proceso adelantado en contra de VR y, por ese mismo conducto, la pérdida de competencia del Tribunal para emitir el fallo cuya validez, entre otros aspectos, es cuestionada ahora en sede casacional, pese a que, se itera, tal consecuencia procesal, a partir del requerimiento presentado a la justicia transicional, solo se produce con la emisión de una decisión que así lo determine.

[...]

Es decir, después de que el Tribunal expidió el fallo de segundo grado, la JEP emitió una decisión con la virtualidad requerida para suspender el trámite de la presente actuación, lo que de suyo permite aducir que el Ad quem se encontraba revestido de competencia legal para proferir la sentencia cuya validez es cuestionada por el casacionista.

Y, si se pensara, acorde con el mismo razonamiento, que esta Corporación se encuentra inhabilitada para resolver el recurso extraordinario de casación propuesto por el defensor del procesado VR, es oportuno

mencionar que la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, mediante auto TP-SA 1195 de 2022, Ag. 3 de 2022, que desató el recurso de apelación presentado en contra del proveído precedente, decidió revocar la aceptación de sometimiento para, en su lugar, condicionarlo a la realización efectiva de un aporte a la verdad plena, en una audiencia pública.

La anterior determinación refrenda que tanto para la fecha en que el Tribunal emitió la sentencia de segunda instancia, como para el momento en que la Sala de Casación Penal emite esta providencia, no existe, vigente, una decisión que verifique a cabalidad los factores de competencia de la JEP en relación con la decisión del implicado de someterse a la justicia transicional, conforme lo precisó la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas cuando, al contestar el requerimiento elevado por esta colegiatura para conocer el estado de la actuación, con ocasión de la decisión revocatoria reseñada en precedencia, indicó:

...el juicio de prevalencia jurisdiccional del señor MY ® ÓWVR se realizará una vez finiquitada la audiencia de aportes a la verdad plena. En este sentido, el sometimiento ante la Jurisdicción Especial para la Paz será evaluado en el marco del citado juicio y dependerá de la dilucidación de los hechos por los cuales se encuentra comprometida su situación jurídica en la justicia penal ordinaria.

Finalmente, cabe indicar que esta magistratura hará saber a la Sala de Casación Penal sobre la determinación de fondo que se adopte en el caso del MY ® ÓWVR frente al sometimiento y concesión de beneficios transicionales una vez ello ocurra.

Relacionado con lo anterior, también deviene errado el argumento del Fiscal Delegado ante la Corte, para quien, la suspensión de esta causa es procedente en razón a que los implicados revisten la connotación de comparecientes forzosos, toda vez que eran integrantes de las fuerzas armadas y las conductas endilgadas obedecen a actos relacionados con el desarrollo del conflicto armado, razón por la que les es aplicable la Jurisdicción Especial para la Paz.

El funcionario pasa por alto que la competencia preferente de la JEP sobre las actuaciones penales seguidas a miembros de la Fuerza Pública, demanda, entre otros aspectos, que estos últimos hayan manifestado su voluntad de sometimiento o sean llamados a esa justicia transicional, lo que, en esta actuación, salvo lo acaecido con el implicado VR, cuya particular situación ya fue abordada en precedencia, no se cumplió.

En ese contexto, refulge diáfano que este cargo de nulidad planteado por el casacionista, tampoco está llamado a prosperar.

Así las cosas, descartados los cargos formulados para invalidar el trámite de la actuación procesal, proseguirá la Sala con el estudio de los demás reproches formulados por el defensor de ESR, que, valga señalarlo, fueron sustentados bajo el presunto acaecimiento de errores propios de la violación indirecta de la ley sustancial».

CASO PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA - Demostración / PRUEBA DOCUMENTAL - Video: apreciación / PRUEBA PERICIAL - Dictamen fotográfico: apreciación / REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Se configura: como sucede en la generalidad de las relaciones familiares, quienes conforman su núcleo están en capacidad de recibir hasta mínimos detalles sobre sus seres cercanos y de distinguirlos por su continua relación y por su constante contacto

De la salida del Palacio de Justicia de los empleados de la cafetería y su custodia por el Ejército Nacional

[...]

Así las cosas, en lo que atañe a la desaparición de CARV, se tiene lo siguiente:

[...]

El libelista pretende poner en entredicho el reconocimiento que, a través de videos, realizó ERH, de su hijo CARV; lo que no es posible reforzar, agregó, con los testimonios de CAS y CASC.

Sobre este particular, resalta la Sala, es el casacionista quien incurre en una evidente distorsión de la prueba, pues, conforme lo reseñó el Ad quem, el señor RH “en una de sus declaraciones afirmó que CAS , cuando fue rescatado, posiblemente vio a su descendiente en la Casa del Florero, empero, este último indicó que efectivamente en ese instante observó a una persona que se parecía a CA, y cuando ER le mostró fotos de su hijo descartó tal similitud, situación que causó una fuerte aflicción al papá de este último.”; actitud, la del testigo, que de ninguna forma debilita su fiabilidad y sensatez, pues, lejos de utilizarlo para apoyar su tesis acerca de que su hijo, luego de ser rescatado con vida del Palacio de Justicia, fue visto en la Casa del Florero, es el propio deponente quien se encarga de descartar tal información, ante la retractación que frente a él realizó el señor CAS.

La sensatez evidenciada por ER, también se replicó en la diligencia de “RECONOCIMIENTO

SOBRE UNAS PELÍCULAS O VIDEO-CASSETES POR PARTE DE ALGUNOS FAMILIARES DE SUPUESTOS DESAPARECIDOS”, llevada a cabo el 11 de abril de 1986, en las oficinas de Televisión Española, oportunidad en la que fue enfático en indicar la imposibilidad que en ese momento le asistía de afirmar que la persona que aparecía en el video correspondiera a su hijo desaparecido.

Empero, conforme lo destacó el A quo, como otro aspecto relevante de lo ocurrido en esa diligencia, ni siquiera advertido por el casacionista, se tiene que el Juez 27 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, permitió que el PERITO-FOTÓGRAFO que participó de esa diligencia, dejara la siguiente constancia:

Por cuanto se trata de una filmación y tomas de la misma bastante retirado del sitio de los hechos y no se hicieron en estas tomas más cerca que identificaran plenamente a las personas desaparecidas y que son o que forman parte de esta diligencia, es casi imposible en las gráficas que imprimí dar nitidez a esas tomas por lo que se van a notar menos nítidas en FOTOGRAFÍA, que viéndolas directamente del VIDEO.

La relevancia de tal advertencia redundaba en la dificultad real que le asistió a quienes pretendieron identificar en dichas imágenes a sus seres queridos, dada la deficiente calidad del video, falencia registrada por el propio perito, lo que conduce a indicar que la ausencia de identificación de quienes salían con vida de la sede judicial, no necesariamente residió en que no aparecieran en esas imágenes, sino que, como aconteció con el desaparecido CR, la carencia de imágenes nítidas generaron que no fuera apreciado a plenitud por quienes pretendieron reconocerlo.

Ante esa deficiencia, adquieren relevancia otras muestras audiovisuales que, con el correr del tiempo, fueron incorporadas a la actuación, lo que contribuyó a que familiares y conocidos pudieran contar con un elemento de referencia más contundente para proceder a su identificación.

En ese propósito se alza el video encontrado en diligencia de inspección realizada en la Casa del Coronel PV que, contrario a lo manifestado por el casacionista, no condensa aquellas primigenias imágenes auscultadas, sino material filmico que goza de una mejor calidad, por lo que, puesto en conocimiento de CERV, permitió que reconociera de manera fehaciente a su hermano, como también lo hicieron, entre otros, su padre, CSC, esposa de CR, y RG.

[...]

Por ello, equivocada resulta la calificación dada por el casacionista, cuando pretende enseñar que el video previamente reseñado no puede tenerse como una prueba nueva, pese a que, conforme lo destacó el Tribunal, se trató de una representación “filmada desde un plano general, de frente hacia los evacuados y con mejor calidad digital”, ventajas desconocidas en la argumentación del libelista, quien, solo atinó a mencionar que se trató de un material remasterizado, con lo que, finalmente, termina por aceptar que sí corresponde a un elemento audiovisual optimizado que, precisa la Sala, por las características indicadas, permitió a los deponentes hacer el reconocimiento directo de CR, en el momento en el cual salía del Palacio de Justicia y era custodiado por la Fuerza Pública.

Ahora bien, es cierto que, para sustentar que CR salió con vida del Palacio de Justicia, los sentenciadores de primero y segundo grados apoyaron su aserto, entre otros medios de convicción, en la declaración vertida por CASC, cuya exposición, vertida en diversas oportunidades, para la Sala, genera incertidumbre respecto de lo apreciado, dadas las contradicciones en que incurrió en una y otra declaraciones.

Es conocido, conforme lo precisaron los falladores, que, para el momento de la toma del Palacio de Justicia, SC fungía como Asesor Jurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá y, por ello, frecuentaba la cafetería ubicada en esa sede judicial.

Según se extrae de sus primeras deponencias, esto es, las vertidas el 16 de enero y 3 de febrero de 1986, ante el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Ambulante, negó haber apreciado la salida de CARV, del Palacio de Justicia; no obstante, su relato cambió en la declaración de 19 de septiembre de 2007, rendida ante la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, oportunidad en la que aseveró que el administrador de la cafetería sí salió del complejo judicial y fue ingresado a la Casa del Florero, explicando que la variación de su testimonio obedeció a que, para la época en que brindó sus primeras versiones, fue objeto de intimidaciones.

No obstante, la confrontación de las diversas versiones dadas por el referido testigo, muestran serias inconsistencias que ponen en duda que reconociera al desaparecido CR, como lo pretendió apuntalar en su última declaración.

En efecto, a propósito de las amenazas por las que se vio en la necesidad de hacer una declaración diversa, el 3 de febrero de 1986 manifestó que varias dependencias de su lugar de trabajo, esto es, la Alcaldía de Bogotá,

reportaron llamadas amenazantes efectuadas por quienes se identificaron como integrantes del grupo subversivo M-19, dejando entrever que algo parecido a lo acaecido con el Palacio de Justicia podría ocurrir en ese lugar, lo que difiere de lo expuesto en su más reciente declaración, pues, precisó que fue objeto de intimidaciones luego de averiguar por la suerte que había corrido CR en la Brigada.

Otro aspecto que no encuentra correlación entre sus versiones, lo constituye el que no atinara a señalar cuál era el nombre del Alcalde Distrital, pues, mientras en aquella declaración de 3 de febrero de 1986, indicó que era HAD, con quien, incluso, acudió a visitar el Palacio de Justicia, luego de acaecido el holocausto, en el año 2007 mencionó que el burgomaestre era JCSG, imprecisión en la que, se puntualiza, no podía incurrir, no solo porque se trataba de la cabeza visible de su lugar de trabajo, sino porque correspondía a una figura de público conocimiento.

[...]

Nótese, entonces, como la información develada por el deponente contiene serias inconsistencias que impedían tenerlo como un testigo confiable, pues, tal cual lo señaló el sentenciador singular, hubo necesidad de correlacionar su relato con otros medios de convicción, los cuales darían cierto respaldo a los sucesos develados, solo que, como se ilustrará más adelante, no podía servir de fundamento lo expuesto por ÉVE, pues, tampoco para esta Colegiatura sus revelaciones son creíbles.

Por lo pronto, dígase que el reconocimiento que familiares y conocidos hicieron de CR, a través de las muestras videográficas, justo en el momento en que salió con vida del Palacio de Justicia, por sí solo se constituye en un medio fehaciente de convicción para dar por acreditado este suceso.

(iii) Ahora bien, retómese que al interior del apartado desarrollado para desnaturalizar la contundencia de ese reconocimiento exteriorizado por personas allegadas al administrador de la cafetería, de manera súbita el casacionista hace relación a un grupo de testigos, algunos tergiversados y otros omitidos por los sentenciadores, cuya pretensión de traerlos a colación, fundamentalmente, estriba en enseñar que el referido desaparecido y, en general, los empleados de la cafetería, no fueron observados en desarrollo de la toma del Palacio, como tampoco en la Casa del Florero.

Es evidente que el recurrente, una vez más, demuestra su desconocimiento de los fundamentos vertebrales que exhibieron los

juzgadores para acreditar la materialidad del delito de desaparición forzada, del que fueron víctimas las personas por las cuales cursa este proceso.

Ello, por cuanto, en primer lugar, la contundencia con la que los familiares de CR lo reconocieron saliendo de la sede judicial, no puede ser derruida a partir de testigos que adujeron no verlo al interior de esa edificación, pues, los rehenes no confluyeron en un solo sitio al interior del Palacio de Justicia, cuando inició el ataque dispuesto por los subversivos, lo que permite aseverar que no todos pudieron cruzarse o coincidir en el desarrollo de esa caótica situación, aunado a que la evacuación de las personas, bajo el control de las Fuerzas Armadas, acaeció en momentos diferentes.

Y, en segundo lugar, porque con la insólita pretensión de demostrar con prueba testimonial que los empleados de la cafetería no fueron observados al interior de la Casa del Florero -por ejemplo, con lo aducido por el señor TCE, en los términos reseñados por el censor, o de PN, relacionada por el libelista como un testigo de doble referencia, pues, dio cuenta de lo que su cuñado le enunció-, pretende el casacionista, de manera inocua, fundamentar un yerro respecto de una verdad revelada en los fallos de primero y segundo grados.

En efecto, ante la ausencia de pruebas directas que dieran cuenta de la permanencia de CARV y de BBH, en ese lugar, la determinación de ello derivó de la representación inferencial que generaron varios indicios, conforme se plasmó en el acápite pertinente de esta decisión, dado que el juez colegiado, entre otras aspectos, dio por sentado que: “Aun cuando ninguno de los declarantes notó la presencia de RV y BH en la Casa del Florero, es la suma de las circunstancias la que lleva a entender de manera razonable que su presencia -a diferencia de la de IFP- pasare desapercibida.”; aserto que, valga recalcarlo, se muestra carente de crítica alguna por el demandante.

De otro lado, continuando con la impropiedad con la que el censor abordó el estudio de la sentencia, pretender desnaturalizar la identificación que los familiares realizaron de CARV, en el referido video encontrado en la propiedad del Coronel PV, por cuanto, respecto del mismo material filmico, el señor JSA, Auxiliar Judicial de la Sala de Casación Penal, no logró apreciar al administrador de la cafetería, es desconocer la construcción de la máxima de la experiencia acuñada por esta Corporación, según la cual, “como sucede en la generalidad de las relaciones familiares, quienes conforman su

núcleo están en capacidad de recibir hasta mínimos detalles sobre sus seres cercanos y de distinguirlos por su continua relación y por su constante contacto”, máxima acogida por el Tribunal para descartar, incluso, que la imposibilidad de realizar un análisis morfológico a partir de las imágenes captadas en video, según lo reportó el investigador asignado para ese fin en la presente actuación, tampoco tiene la virtualidad de minar el reconocimiento expuesto por los seres queridos y allegados de los desaparecidos RV y BH, conjunto de aspectos que, valga mencionarlo, tampoco fueron rebatidos por el libelista.

Aunado a lo anterior, conforme lo destacó el propio recurrente, el señor SA apenas mencionó conocer a CARV, lo que impide determinar qué tanta era la cercanía del testigo con el administrador de la cafetería, como para descartar que el sujeto apreciado en las imágenes puestas bajo su conocimiento, fuese este.

DESAPARICIÓN FORZADA - Demostración / **PRUEBA** - Valoración: puede variar según el proceso en el que se practique / **GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS** - Apreciación probatoria / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Configuración: ocultamiento de una persona y no dar información sobre su paradero / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

Es de precisar que la consecuencia de determinar la validez que revistió la declaración rendida por ÈVE, conforme se determinó en el acápite precedente, no redundó, como equivocadamente lo indicó el libelista en sustento del segundo yerro plasmado en este cargo, en que automáticamente se tornaran blindadas de veracidad las manifestaciones elevadas por este testigo, pues, para que surtieran este efecto, necesariamente, era pertinente valorarlo y confrontarlo con otros medios probatorios.

La equivocación del censor se muestra palpable, en primer lugar, cuando pretende que de manera inamovible se tenga en cuenta, en esta actuación, el juicio de valor suasorio que, en relación con el mismo testigo, realizó la Corporación en un fallo precedente -CSJ SP17416 -2018, Dic. 16 de 2018, Rad. 38957- en el que se juzgó la conducta del Coronel (r) APV, acusado en su momento por la desaparición forzada de IFP y CARV, pues, el examen, en esta sede, de lo expuesto por VE, ha de responder a las incidencias de cada caso en particular, como acontece aquí, dado que, si bien, se juzgan los mismos hechos ventilados en el proveído citado, no acontece así con las personas involucradas, cuya participación, tal cual se reseñará más adelante, se desarrolló en otro eslabón de la cadena de mando militar.

Junto con ello, la responsabilidad de SR, no atañe a lo sucedido con IFP, al tiempo que el censor no se ocupó de enseñar si en las dos actuaciones se conservó la identidad de los demás elementos probatorios, que deben tomarse en cuenta para otorgarle credibilidad o no a la exposición del deponente.

Empero, al margen de las imprecisiones en el sustento del censor, lo cierto es que la auscultación de los medios de convicción allegados a la actuación, contrario a lo determinado por los juzgadores de primer y segundo grados, conducen a desnaturalizar la veracidad de la información reportada por el testigo, quien, dado el contexto en que se desarrolló el operativo de retoma y control del orden público, por los hechos que desencadenó la incursión guerrillera en el Palacio de Justicia, no habría tenido la relación espacial ni temporal por él señalada, para así percibir lo acaecido en la Escuela de Caballería, conforme lo relató en la declaración vertida ante la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 1 de agosto de 2007.

En ese contexto, de especial importancia, para el efecto, se alzan las grabaciones magnetofónicas que, algunos periodistas, realizaron de las conversaciones sostenidas por los altos mandos militares en el momento en que se ocupaban del operativo de restitución del orden en el Palacio de Justicia.

[...]

Recuérdese que VE señaló que el apoyo de la Brigada VII, que él integraba, tenía como foco de incidencia el fortalecimiento del combate que se gestaba en el Palacio de Justicia, lo que riñe con la estrategia utilizada por los altos mandos militares, pues, ese respaldo no incluía la sede judicial asaltada, sino resguardar la protección de otras localidades de la ciudad.

Aunado a lo anterior, cuando VE se encontraba integrado a la Brigada VII, fungía como Criptógrafo, lo que no guardaba correspondencia con la supuesta función de combate y de vigilancia que, adujo, desempeñó a su llegada a Bogotá, tornando aún más inverosímil, por la misma razón, que en la Escuela de Caballería se ocupara de vigilar a las personas que supuestamente eran torturadas, en los momentos de descanso de los militares que se encargaban de esas prácticas ilegales.

De otro lado, la verificación de la hoja de vida del testigo no evidencia su pertenencia a un grupo especial llamado CIAES, así como tampoco su traslado de Villavicencio, para los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a la ciudad de Bogotá, lo que,

inobjetablemente, pone en duda su presencia en esta ciudad.

Así las cosas, las precedentes inconsistencias en el relato del testigo, no permiten darle la fiabilidad asignada por los sentenciadores frente al supuesto trato infligido a los desaparecidos, en la Escuela de Caballería, menos aún, si se pretendiera esbozar que los hechos por él develados guardan coincidencia con lo manifestado por BAGG, TSA y RGM, ex miembros del Ejército Nacional, pues, respecto de los primeros es el propio Ad quem el encargado de desvirtuarlos, tras catalogarlos como testigos de oídas.

Y en lo que corresponde a GM, se tiene que, con presentación notarial del 1 de agosto de 1989, allegó a la Procuraduría General de la Nación un escrito en el cual, entre otros aspectos, reveló que con ocasión de su vinculación a los servicios de inteligencia del Ejército Nacional, conoció que, por orden del Coronel PV, el administrador de la cafetería del Palacio de Justicia fue trasladado de la Casa del Florero a la Escuela de Caballería, lugar en el que se le sometió a torturas por un lapso de cuatro días, hasta que se produjo su deceso, dado que se buscaba que admitiera su colaboración al grupo guerrillero, en el entendido que por esa dependencia de la sede judicial ingresó armamento utilizado en el asalto. Además, indicó que RV fue sepultado en el área de polígono de esa guarnición castrense.

[...]

El Ad quem le dio credibilidad a este hecho reportado por el testigo, pues, (i) de la información suministrada por el Hospital Simón Bolívar, se dio cuenta de la existencia de la historia clínica de la señora ZC, aunado a que, en la lista de quemados de noviembre de 1985, figura su nombre y (ii) de la declaración que le fuera recibida al galeno SM, se corrobora que, en efecto, para esa fecha fungía como Director del Programa de Atención Integral del Paciente Quemado de ese centro asistencial.

Sin embargo, precisa la Sala, la verificación detallada de la declaración rendida el 2 de agosto de 2006 por el médico CSM, ante la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte, muestra datos reveladores que desvirtúan la contundencia que quiso dársele al testigo GM. Ello por cuanto:

(i) El galeno señaló que los encargados de atender a los pacientes en condición de quemados, era otro personal que, como director del programa de atención a personas quemadas, tenía dispuesto para el efecto. Es decir, él no tenía contacto de primera mano con los pacientes que arribaran al centro asistencial.

(ii) Al preguntársele sí, para los días en que ocurrió la toma del Palacio de Justicia, tuvo conocimiento de personas remitidas de ese lugar, contestó: “Que yo me acuerde yo no y pienso que en un caso de esto de esa magnitud que era un caso que se salía de lo común yo me hubiese enterado...Si hubiese llegado lo normal es que se hubiesen enterado y que supiera que es de ese acto. De pronto puede suceder que hubiera llegado paciente de manera particular y se hubiese registrado.”.

(iii) En relación con el procedimiento de egreso de pacientes de esa institución, precisó: “...la salida la autorizaba el médico que estaba de turno ese día si el paciente era ambulatorio pasaba a curaciones ambulatorias con citaciones previas que también quedaban registradas en la historia clínica del paciente...”.

Así las cosas, el contundente desconocimiento que el doctor SM adujo tener, de personas que hubiesen llegado a ese hospital, provenientes del Palacio de Justicia, permite inferir que tampoco se vio involucrado en un incidente en el que se le exigiera, bajo la amenaza de verse involucrado en un asunto legal, la salida de un paciente a cargo de la Unidad de la cual él era su director, pues, tal evento lo hubiese recordado y aducido con suma facilidad, máxime si, como lo enunció GM, el médico se opuso a tan irregular proceder.

Es más, recuérdese que la inscripción en la historia clínica, de pacientes que egresaban de esa institución, se consideraba un imperativo, por lo que tal circunstancia también hubiese sido mencionada por el facultativo o, cuando menos, habría señalado que algún reporte de tal irregularidad se consignó por parte del médico que la asistía, dada la responsabilidad que podría asumir por permitir la salida de un paciente en esas particulares condiciones.

Similar imprecisión fue advertida por la Procuraduría Delegada para Asuntos Militares en el proveído de 15 de mayo de 1990, en el que, en relación con el puntual aspecto que viene de abordarse, para abstenerse de abrir investigación disciplinaria por esos hechos, [...].

[...]

De tal manera que, ante la ausencia de información sobre la existencia de la historia clínica de la paciente y su inscripción en la lista de quemados en ese hospital, surgen dudas respecto de que se trate de la misma persona, pues, como lo refirió el propio Tribunal “si bien se acredita que el cuerpo de la señora ZC fue levantado en las instalaciones del Palacio de Justicia, lo que implicaría en lógica que su deceso se produjo durante el operativo de retoma,

también queda palpable que alguien salió con su identidad y fue trasladada al hospital Simón Bolívar con quemaduras y puede inferirse, entonces que es a esa persona a la que hace referencia RGM en su escrito.»

Es que, incluso, que el testigo hubiese hecho mención del nombre del doctor SM, no puede tomarse como el aporte de una información que dé sensatez a todo su relato, pues, el referido galeno no era desconocido en la red pública hospitalaria de la ciudad, en tanto, fungía como Director del programa de atención integral del paciente quemado en todo el distrito de Bogotá, estableciéndose su sede principal en el Hospital Simón Bolívar, luego, se trataba de un profesional de la salud de fácil percepción en la comunidad médica.

En ese contexto, debe enfatizar la Sala que las dudas acerca de la veracidad de las declaraciones vertidas por los testigos ÉVE y RGM, a quienes no es posible darles credibilidad en sus exposiciones, no tienen la trascendencia suficiente para minar la responsabilidad atribuida al procesado SR, como equivocadamente lo entiende el casacionista, quien, incluso, llega al desacierto de predicar que la decisión condenatoria “se finca en gran parte” en el valor suasorio otorgado al primero de los referidos deponentes.

Ello, por cuanto desconoce el recurrente, que esta actuación atañe a la desaparición forzada de tres personas -con la salvedad que respecto de SR, lo es solo respecto de CARV y BBH, atendiendo las razones ampliamente desglosadas por el sentenciador de segundo grado, conforme se detallaron en el acápite pertinente de esta decisión, y no sobre los sucesos de connotación delictiva que presuntamente ocurrieron al interior de las instalaciones del B-2, en la Escuela de Caballería en Bogotá.

Vale decir, el hecho que atiende al lugar al que supuestamente fueron conducidas las víctimas o lo ocurrido con ellas, representativo de otros muchos delitos, no se erige indispensable o estructural para la definición del punible de desaparición forzada, en tanto, incluso si no se supiese nada del rumbo que tomaron los afectados una vez se les sacó del Palacio de Justicia y quedaron bajo el imperio de las fuerzas militares, es claro que el solo hecho de que hoy se desconozca su paradero, informa de la materialidad del punible en cuestión.

En todo caso, la acreditación que personas catalogadas como sospechosas fueron remitidas del segundo piso de la Casa del Florero, a guarniciones militares y policivas, con el propósito de demostrar que aún, luego de la

salida de la Casa del Florero, los desaparecidos continuaron bajo el control del grupo de inteligencia a cargo de SR, no queda huérfana de respaldo probatorio, pues, como bien se resaltó en la sentencia de segundo grado, se cuenta con el comprobado traslado de (i) un grupo de conductores del Consejo de Estado a las instalaciones de la Brigada XIII y luego a la Escuela de Caballería, en donde fueron interrogados sobre lo ocurrido en el asalto al Palacio de Justicia, para después dejarlos en libertad, (ii) de OAO y OQ, empleados en la sede judicial, y (iii) de los estudiantes de derecho de la Universidad Externado de Colombia EMO y YSA.

Adicionalmente, otros testigos, no relacionados con la toma de la sede judicial, también dieron cuenta de la generalizada práctica, en esas mismas instalaciones militares de interrogatorios a personas, bajo la aplicación de métodos no convencionales que incluían agresiones físicas y verbales, como ocurrió con VRG, AJSC e ISV.

A ello se suma la exposición vertida por el implicado VR, quien reconoció que retenidos de cualquier índole eran conducidos a la Escuela de Caballería, con el propósito de ser sometidos a interrogatorios.

Así es que, el haz probatorio relacionado en precedencia, se itera, descarta el error de hecho planteado por el libelista, quien, no solo pasó por alto la existencia de otros medios suasorios que cimentaron el compromiso penal de su prohijado, sino que, con el propósito de darle algún asidero a su crítica casacional, llegó al extremo de contrariar la realidad procesal, dado que, al concluir el cargo, puntualizó que la relevancia atribuida en la sentencia de segunda instancia al testimonio de ÉVE, consistió en que vio salir con vida del Palacio de Justicia al desaparecido CARV, lo que, enfatiza la Sala, nunca fue reseñado por el declarante.

En esas condiciones, los cargos planteados por el demandante no están llamados a prosperar, por lo que la condena emitida en contra de ESR, debe permanecer incólume.

CASO PALACIO DE JUSTICIA / DESAPARICIÓN FORZADA - Agravado / DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: principio de corrección material, se vulnera / DESAPARICIÓN FORZADA - Se configura / DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia: confirma condena

La generosa síntesis del fallo de segundo grado, desglosada en el acápite destinado para tal fin en este proveído, revela, con el detalle necesario, cuáles fueron los cimientos a partir de los cuales se construyó la decisión de condena emitida en

contra de los acusados, disipando, en ese discurrir, cualquier asomo de duda en relación con la efectiva intervención material que en la comisión del delito, tuvieron los integrantes de la sección de inteligencia B-2, adscrita a la Brigada XIII del Ejército Nacional, la cual estaba integrada, entre otros, por los ahora impugnantes.

En ese derrotero, en primer lugar, se demostró que la desaparición de IFP, CARV y BBH, fue forjada desde el momento en que se implementó el operativo de retoma del Palacio de Justicia, en el marco de los lineamientos de reacción de la Fuerza Pública, que, para situaciones de conflicto interno, como aconteció con el asalto a la sede judicial por el grupo de insurgentes, se encontraban consignados en el Plan Tricolor 83, hoja de ruta de la que dieron cuenta, entre otros, el General RSM, Comandante del Ejército Nacional, así como el primero y segundo al mando de la Brigada XIII, el General JAAC y el Coronel LCSS, respectivamente.

En el desarrollo de esa guía, que implicó una labor articulada entre el Ejército Nacional, la Policía Nacional y demás estamentos de seguridad del Estado, el control operacional fue asumido por el primer cuerpo armado enunciado, en el cual, el coronel LCS, se encargó de disponer la correspondiente activación.

A partir de este momento, las Fuerzas Armadas emprendieron la retoma de la sede judicial, con el objetivo primordial de reducir al grupo beligerante, para lo cual se valieron, incluso, de elementos contundentes de combate, como el disparo de “rockets” contra la edificación, suceso de amplia notoriedad pública, que reflejó el desinterés por resguardar la integridad de los rehenes, lo que se percibió con mayor fuerza cuando se desatendieron las suplicas del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien pidió el cese al fuego, verificando que, finalmente, la única posibilidad en manos de las Fuerzas Militares, consistía en la derrota del enemigo.

Es así como, para asegurar ese objetivo y controlar la actividad de los asaltantes, el General JAAC dispuso de la instalación de un puesto de mando avanzado en lo que se conoce como la Casa del Florero, a escasos metros del Palacio de Justicia, bajo la dirección del grupo de Inteligencia B -2 de la Brigada XIII, liderado, para ese entonces, por el Coronel ESR; ello con un propósito que, acorde con la implementación del Plan Tricolor, permitiera detectar, de aquellas personas que salieron con vida del complejo judicial, quiénes podrían ser integrantes o colaboradores del grupo M-19.

Ese proceder fue puesto en conocimiento por el propio AC, quien, desde sus primeras manifestaciones acerca de las operaciones que comandó, ratificadas en la declaración jurada que, el 29 de septiembre de 1989, remitió al Juzgado Primero de Instrucción Militar, señaló:

En la llamada Casa del Florero o Museo del 20 de Julio se estableció un puesto de verificación para conocer la real identidad de las personas rescatadas del Palacio, encauzarlas a recibir atención médica cuando fuera necesario, permitirles su traslado a la residencia o poner bajo retención a sospechosos de ser parte del grupo terrorista. Esta tarea estuvo a cargo del Oficial Jeje de la Sección Segunda del Estado Mayor de la Brigada (B-2) con la colaboración de personal de Inteligencia del Comando del Ejército, de organismos similares de la Policía Nacional (SIJIN), del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y de los empleados del Palacio de Justicia para ayudar a la identificación de quienes allí laboraban. (Subrayado fuera del texto original).

Con igual énfasis, el Coronel LECN, en declaración de 12 de octubre de 2006, precisó que en el momento de la toma del Palacio de Justicia, en su condición de B-3 de la Brigada XIII, recibió la orden del Coronel S, de comunicarse con todas las unidades y ponerlas en alistamiento de primer grado. Señaló, además, en cuanto al manejo de los rehenes liberados de la sede judicial, que ello partió de una orden entregada por el General AC al oficial de inteligencia, el Coronel SR, quien “debía establecer quién era el enemigo que había ahí, quiénes eran, cuántos eran, qué tipos de armas tenían cuál era el dispositivo que el enemigo había adoptado dentro del edificio y también establecer cuál era el propósito que ellos tenían para haber cometido el delito.”

De tal manera que, para darle curso al manejo de rehenes que salieron del Palacio de Justicia, su desplazamiento hasta la Casa del Florero siempre estuvo bajo el control de las Fuerzas Militares, conforme fue explícitamente consignado por el coronel LAPV, el cual, en declaración de 15 de septiembre de 2006, respecto del cordón de protección dispuesto en ese trayecto, señaló:

...era una especie de calle de honor que obligaba a que las tropas que salían con rescatados no pudieran moverlos a otro lugar. Entraban como en un embudo de control que terminaba en la puerta de la Casa del Florero. (Subrayado fuera de texto).

Ese fue el mismo recorrido que, indudablemente, hicieron los desaparecidos IFP, CARV y BBH, quienes salieron con vida del Palacio de Justicia.

En relación con la primera, basta simplemente con hacer referencia al reconocimiento que de ella hizo la señora MMAM, quien, según narró en declaración de 16 de febrero de 2006, para el momento de la toma se encargaba de servir el café en varias dependencias ubicadas en el segundo sótano de la edificación y, respecto de IF, luego de que fueron liberadas de la sede judicial, [...].

[...]

En lo que atañe a los desaparecidos RV y BH, empleados de la cafetería del complejo judicial, tal como se desplegó ampliamente en el acápite que en esta providencia se ocupó de abordar el recurso casacional presentado a nombre del coprocesado SR -cargos segundo y tercero-, solo ha de mencionarse que, a través de videos, familiares y conocidos percibieron su salida de las instalaciones del Palacio de Justicia, custodiados por hombres del Ejército Nacional, sin otra opción, como se develó en precedencia, a la de seguir su camino hacia la Casa del Florero.

Las dos plantas de esta última locación fueron ocupadas por el B-2, para las labores de identificación y selección de las personas trasladadas con vida del Palacio de Justicia, misión que contó con la colaboración de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Lo acaecido en el primer piso de esta edificación cobra especial atención, pues, se constituye en el escenario de acción en el que los ahora impugnantes ARJG y FUCP actuaron en la concreción de la desaparición forzada de las personas previamente mencionadas, ilicitud que, como viene de ilustrarse, comenzó a ejecutarse desde el momento en que, al salir con vida del Palacio de Justicia, estuvieron bajo el control del Ejército Nacional.

El ingreso al primer nivel de la Casa del Florero se constituyó en un filtro necesario de control erigido por quienes integraban el grupo de inteligencia B-2, al mando del Coronel SR, escenario en el que sus destrezas en el examen de los diversos grupos subversivos que para ese entonces azotaban al país, les permitiría descartar a las personas que no tuvieran relación con los insurgentes encargados de la toma del Palacio de Justicia, razón por la que, inscritos en los listados elaborados para registrar el paso por esa área de la Casa museo, se disponía su salida, en libertad, del lugar.

Trato diferente recibieron aquellos en los que se cimentó la sospecha de tener alguna relación con los insurgentes, pues, obviando el obligado registro de su ingreso a esa locación, eran

conducidos al segundo piso, en el cual fue instalada un área especial destinada a intensificar los interrogatorios de los “sospechosos”, quienes, sometidos a un trato hostil, fueron objeto de una de estas dos decisiones: (i) permitir su salida de la Casa del Florero, tras verificarse que se trataba de personas ajenas a los insurgentes y, por consiguiente, sin ninguna responsabilidad en la toma del Palacio de Justicia, o (ii) disponer el desplazamiento a guarniciones militares o de policía para darle continuidad a los interrogatorios, proceder en el que, en determinados casos, fueron liberados al no establecerse vínculo con los subversivos, precisando que, salvo contadas excepciones, del paso de “sospechosos” por esta área, tampoco fue elaborado registro alguno, como aconteció con IFP, CARV y BBH, sin que de ellos se conozca su paradero actual.

Aunque, sí se conoció cuál era el designio dispuesto desde los mandos militares superiores, acerca de la suerte que debían correr estas personas, bien por la marcada información que daba cuenta de pertenecer a la agrupación guerrillera encargada del asalto a la sede judicial, como sucedió con IF, ya por la sospecha que circundaba respecto a la colaboración prestada por los empleados de la cafetería.

En el caso de IFP, la prueba fue contundente. La interceptación de una comunicación radial efectuada entre los Coroneles CSS (Arcano 5) y ESR (Arcano 2), dio cuenta de que no había camino distinto que proceder con su desaparición, justo cuando se encontraba retenida por el grupo de inteligencia B-2.

[...]

A partir de este revelador hecho, la inferencia de que la misma determinación se adoptó respecto los empleados de la cafetería del Palacio de Justicia no lesiona el sentido común, máxime si, como lo detalló el Tribunal, el propio SR obtuvo información acerca de la utilización de la cafetería como centro de acopio del grupo subversivo, por cuanto, era impensable que todo el armamento y munición incautada hubiese entrado el mismo día del asalto.

Ahora bien, la ubicación de JG y CP, en la Casa del Florero, y la labor por ellos realizada, se encuentra debidamente documentada.

[...]

En lo que corresponde, en concreto, a JG, el acervo probatorio destacado por el Ad quem, no controvertido por el recurrente, enseñó que para el momento de la toma del Palacio de Justicia,

ostentaba labores de inteligencia en relación con el grupo subversivo EPL.

Sus actividades en el primer piso de la Casa del Florero, acorde con lo informado por el Jefe del B-2, fueron corroboradas por el Capitán ÓWVR, quien, en diligencia de indagatoria de 24 de noviembre de 2006, en respuesta a la pregunta dirigida a explicitar en qué consistió la presencia, entre otros, del implicado JG en la Casa del Florero, contestó:

Lo que yo recuerdo ahorita es que ellos estaban cumplimiento junto conmigo la función de registrar a las personas liberadas del Palacio de Justicia. Y vagamente me acuerdo que yo le entregaba las listas que yo realizaba al Sargento Nieto Velandia...

En ese contexto, conforme lo definió el Tribunal, pesa en contra del implicado la comprobación, como hecho indicador, de su presencia en el lugar de los hechos, lo que, ligado a sus conocimientos específicos en las labores de inteligencia respecto de un grupo subversivo, junto con la labor concreta destacada por los testigos, permite válidamente concluir que intervino en la detección de quienes fueron rotulados como «sospechosos», evitando dejar cualquier registro de su paso por ese primer nivel, para permitir, así, su tránsito directo al segundo piso, con los fines y destino ya indicados ampliamente en esta decisión.

La trascendencia que reviste la integración de JG, al grupo de inteligencia militar de la Brigada XIII del Ejército Nacional, y el señalado conocimiento especializado que lo destacaba en esa división, se erigen en factores objetivos que desdibujan la tesis referida a que su llamado a la Casa del Florero sólo representó cumplir una orden neutra de SR, a fin, apenas, de prestar “seguridad pasiva”; o de acompañamiento al General AC, a las ruinas del Palacio de Justicia, luego de terminados los actos de combate.

Es evidente, se reitera, que, en atención a sus calidades y conocimiento, junto con las necesidades de perfilamiento que registraban la actividad militar en la Casa del Florero, no es posible asumir ese comportamiento pasivo buscado entronizar por la defensa, pues, además, ello no se compadece con su vinculación al B2, el tipo de tareas asignadas a este y la necesaria compartimentación de funciones que registra el organismo castrense.

Por ello, a partir del análisis ponderado y conjunto de las pruebas válidamente allegadas a la actuación, deviene atendible para la Sala la conclusión que, en torno de su participación en

la desaparición de personas, concretó el Tribunal [...].

[...]

Dada su insuficiencia argumentativa, la tesis planteada por el recurrente carece de soporte necesario para derruir los fundamentos esenciales de la condena emitida en contra de JG, conforme fueron sintetizados en precedencia.

Por lo demás, el impugnante falta al principio de corrección material cuando cree entender que el juicio de reproche que determinó la responsabilidad de su prohijado por la desaparición forzada de IFP, CR y BBn, se limitó a su comprobada vinculación con las Fuerzas Militares, en cumplimiento de una función ajustada a la ley.

Por el contrario, la prueba determinó que no se trataba de cualquier miembro de la institución castrense, sino de quien hizo parte de la división de inteligencia adscrita a la Brigada XIII, que recibió la orden del General JAAC, de instalarse en la Casa del Florero, bajo la consideración de su conocimiento especializado, con el propósito de identificar a las personas que pudieran pertenecer o tener relación alguna con el grupo insurgente, para, incluso, permitir el manejo de “sospechosos” discretamente dirigidos al segundo nivel de esa edificación, impidiendo así que fueran observados por las demás personas que arribaban al lugar.

Desde luego, si se dijera que, en principio, la tarea de perfilamiento operaba legal, ello se desnaturaliza cuando, precisamente, se buscó eliminar cualquier vestigio formal o material de los sospechosos, al extremo que no se registró su ingreso -como sí sucedió con las personas libres de sospecha- y de inmediato se les dio traslado al segundo piso de la edificación, destinado, se itera, solo para aquellos sobre quienes pesaba la tacha de pertenencia o colaboración con el grupo insurgente, con las consecuencias ya reseñadas.

Así las cosas, es evidente que el actuar del acusado superó ampliamente el cometido misional y no se limitó apenas al simple contacto con las víctimas, como equívocamente lo refirió el impugnante.

Ahora bien, este contexto también se refleja en el actuar atribuido a FUCP, pues, como se trajo a colación en precedencia, el Jefe del B-2 del Ejército, Coronel SR, lo relacionó como uno de los integrantes del grupo de inteligencia que, en la Casa del Florero, procedió con la identificación de los liberados del Palacio de Justicia.

Conforme se sintetizó en precedencia, la controversia planteada por el impugnante no

rebatió aspectos vertebrales, tales como el conocimiento que poseía su defendido en el actuar y composición de grupos subversivos, ni se refirió a las falencias testimoniales detectadas en sus diversas salidas procesales, respecto de su desempeño en la Casa del Florero, con las que, de forma inútil, pretendió evadir la comprobada participación en la conducta delictiva por la que fue sentenciado.

En efecto, el despliegue amplio que de estos tópicos muestra la sentencia de segundo grado, con apego en la prueba allegada a la actuación, cuya puntual valoración tampoco fue controvertida por el recurrente, muestra, a partir de la auscultación de la hoja de vida militar de CP-quien tenía a cargo el blanco ELN- su destacado trasegar como analista documental y amplia experiencia en interrogatorios, incluso recibiendo felicitaciones, para el mes de febrero de 1986, por su apoyo en interrogatorios practicados a personas capturadas.

Es decir, CP también ostentaba, dentro de su recorrido en el estamento castrense, conocimientos especializados que le permitían, acorde con lo requerido para ese momento, tener contacto con las personas que llegaron a la Casa del Florero, como sobrevivientes del Palacio de Justicia, y, en virtud de ello, cumplir con el cometido de detectar las personas que pudieran ostentar algún vínculo con el grupo guerrillero, sin dejar rastro en los listados, se repite.

Las explicaciones dadas por el implicado acerca de su presencia en la Casa del Florero y las labores que desarrolló, se destacaron por su progresiva incoherencia, producto del afán por mostrarse ajeno a cualquier situación comprometedora.

[...]

La divergencia evidente de ambos relatos expuestos por CP, se itera, advierten que, efectivamente, desarrolló un rol trascendente en el primer piso de la Casa del Florero, acorde con lo valorado por el Tribunal, que resulta acertado traer a colación, entre otras razones, porque nunca fue refutado por el defensor en su escrito de impugnación:

CP pretende enseñar que desobedeció las instrucciones del coronel ESR de elaborar listas en el primer piso de la Casa del Mueso y, en cambio, optó mutuo propio hacer labores de inteligencia por los alrededores de la Casa del Florero; lo cual no solo desconoce la disciplina militar, sino que contradice el contenido del documento 0027 suscrito por el propio SR en cuanto a que éste señala que FUCP le colaboró

en las tareas de «recepción e identificación» de quienes venían de Palacio.

En ese orden, no devienen acertados los reproches formulados por el recurrente, pues, tuvieron sustento en la superficial visión de aspectos vertebrales válidamente contemplados en el fallo confutado, decisión que, como se resaltó en precedencia, dista de atribuirle responsabilidad a JG y CP, solo por la constatación objetiva de pertenecer a la división castrense que se ubicó en la Casa del Florero, o por el contacto incidental que hubiesen podido tener con los desaparecidos.

[...]

No debe perderse de vista, entonces, que la desaparición forzada de los que fueron catalogados como insurgentes o colaboradores de estos, como aconteció con IFP, CR y BB, se gestó desde el momento mismo en que los mandos superiores de la autoridad castrense dispusieron la retención de los sospechosos, de inmediato sustraídos del conocimiento público o de sus familiares, pues, no se les registró como ingresados y después de abandonar la Casa del Florero, bajo la férula de disposición y dominio de las Fuerzas Militares, jamás retornaron ni se supo su suerte.

La orden primigenia tuvo cabal y efectivo desarrollo a partir de la selección, aprehensión y distribución, en la Casa del Florero, de los tres desaparecidos.

El puesto de mando instalado allí, advierte la Corte, estuvo bajo el control operacional de la Unidad B-2 de la Brigada XIII del Ejército Nacional, integrada por los implicados, quienes, con apoyo en su amplio conocimiento de información relacionada con la insurgencia, participaron en la elaboración de los correspondientes listados, como resultado del estudio de selección de los rehenes, en los que se omitió consignar información alguna que pudiera develar el paso de las víctimas por el primer piso de esa edificación; intervención que, sin lugar a equívocos, se constituyó en esencial para la consumación del delito de desaparición forzada, presupuesto elemental de la coautoría impropia.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de condena emitida en contra de ARJG y FUCP, una vez respondidas las razones fundamentales consignadas en los respectivos escritos de impugnación allegados por su defensor.

DESAPARICIÓN FORZADA - Demostración / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Se configura: como sucede en la generalidad de las relaciones familiares, quienes conforman su núcleo están en

capacidad de recibir hasta mínimos detalles sobre sus seres cercanos y de distinguirlos por su continua relación y por su constante contacto / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Elementos: persona privada de la libertad y su ocultamiento / **DESAPARICIÓN FORZADA** - Se configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

De la impugnación especial presentada por el defensor del acusado LFNV

[...]

[...], el decurso de los hechos, que constata la desaparición forzada de las víctimas, permite abordar las críticas del censor en el siguiente orden:

(i) Que existe incertidumbre sobre el arribo de los desaparecidos en esta actuación a la Casa del Florero, lo que no se pudo acreditar con los videos, como testigo silente, pues de estos, conforme se concluyó con la prueba técnica practicada por el investigador JPJR, se dedujo que las imágenes no permitían identificar con claridad a las personas, dando paso así al subjetivismo de familiares y allegados, quienes creen haberlos observado.

A este efecto, la confrontación entre el reconocimiento que se efectuó a través de los videos y los resultados de la prueba científica a la que hace alusión el censor, ya fue un tópico abordado en este proveído, cuando se desató uno de los reproches formulados a instancia del recurso casacional presentado en nombre de otro de los involucrados.

Así, para rebatir el argumento formulado por el impugnante, las consideraciones no pueden ser diversas, máxime cuando, en su planteamiento comparte la misma falencia destacada del demandante en casación: no confrontó el sustento esgrimido por el fallador, que restó mérito suasorio a los resultados de la prueba científica.

En efecto, para el Tribunal emergió intrascendente que la prueba de reconocimiento inicial no pudiera realizarse, dada la baja calidad de las imágenes, dado que ello en manera alguna mina el reconocimiento fehaciente que familiares y conocidos adelantaron, basado, más que en el rostro, en atributos atinentes a su personalidad, tales como la forma del cabello o la manera de caminar.

Por ello, para apuntalar su decisión frente a este específico tópico, el Tribunal esgrimió como regla de la experiencia, reconocida por esta Corporación en un asunto de similar índole fáctica, la siguiente: «como sucede en la

generalidad de las relaciones familiares, quienes conforman su núcleo están en capacidad de recibir hasta mínimos detalles sobre sus seres cercanos y de distinguirlos por su continua relación y por su constante contacto», máxima de irrefutable aplicación, dadas las referidas particularidades, que permitieron la identificación de los desaparecidos, justo en el momento en que salían del recinto judicial y eran custodiados por miembros del Ejército Nacional.

En suma, contrario a lo esbozado por el recurrente, los videos que registraron la salida de los desaparecidos, del Palacio de Justicia, luego de la retoma de las instalaciones por la Fuerza Pública, sí constituyeron, acorde con lo que de ellos visualizaron los parientes y personas cercanas, un elemento de convicción válidamente atendible para acreditar su supervivencia y la consecuente conducción a la Casa del Florero.

(ii) Que el principio del «sentido común y la lógica sensata», desdibuja que las presuntas víctimas de desaparición forzada realizaran el recorrido desde el Palacio de Justicia hasta la Casa del Florero, escoltados por uniformados, exponiéndolos a la vista pública, para luego desaparecerlos; como tampoco resulta posible que los rehenes no hubiesen interactuado con nadie o fueran acompañados de otras personas en el rescate.

Precisa la Sala que este reproche también representa una opinión del recurrente, diametralmente alejada de la sinopsis y análisis probatorio con el que el Tribunal edificó la decisión de condena e incapaz de sembrar la duda, para optar por su reconocimiento.

Lo irrelevante del argumento defensivo redunda en que, precisamente, la posibilidad de captar a los desaparecidos CR y BB, cuando salían con vida del Palacio de Justicia, gracias a los videos que registraron ese puntual acontecimiento; así como de IFP, por medio de personas que testificaron haberla visto en la entrada de la Casa del Florero, es el factor que permitió construir el hilo conductor de su desaparición.

Es inexacto afirmar que las víctimas fueron públicamente puestas en evidencia en el recorrido que tuvieron que realizar, pues, desde la salida de la sede judicial estuvieron celosamente custodiados por la Fuerza Pública, en una especie de «calle de honor», como lo refirió el Coronel PV, “bajo estrechas medidas de seguridad (Manos en la cabeza y bajo la mira de las armas de los miembros de la Fuerza Pública)” tal cual sucedió con otros rescatados, precisó el Tribunal, con lo que no podían ser dirigidos a sitio diferente que a la Casa del Florero, lugar

igualmente controlado por quienes evitaron su registro en esa edificación.

Ahora, atendida la naturaleza del hecho, para la Corte es claro que no existía posibilidad diferente de filtrar a las personas, que la de dirigir las a un lugar fuera del Palacio de Justicia, desde luego, arriesgando la posibilidad, inevitable, de que varios de los “rescatados” fuesen avistados por las cámaras que registraban el hecho o los presentes allí.

No se discute, acorde con lo referido, incluso por los miembros de las Fuerzas Militares del más alto nivel, que la tarea de perfilamiento se hizo una prioridad -por ello se destinó al B-2 la misma, al interior de la Casa del Florero, apenas distanciada unos metros del Palacio- y ya no importó, cuando se separó a quienes se entendió miembros de la agrupación o sus colaboradores, que hubiesen sido o no vistos en el corto recorrido hasta el museo en cuestión.

Ahora bien, respecto de lo acaecido en el primer nivel de la Casa del Florero, le causa extrañeza al impugnante que ninguno de los trabajadores de la sede judicial hubiese notado la presencia de CRV, así como que una periodista -que no identifica- estuviese en esas instalaciones, interactuando con los rehenes, y no percibiera nada irregular.

El impugnante demuestra, una vez más, el desconocimiento de la tesis de responsabilidad penal construida por el sentenciador.

En primer lugar, es claro que el censor esbozó una idea especulativa, producto de la generalidad que imprimió a su argumento, por cuanto, sin ningún asidero probatorio dio por cierto que todos los funcionarios de la sede judicial y los visitantes, frecuentaban el restaurante y conocían a su administrador, pese a que también es factible aducir que algunos de ellos no supieron de quién se trataba, porque no eran asiduos visitantes del lugar.

En segundo término, respecto de la periodista no mencionada por el libelista, al parecer, se trató de JANM, quien, según lo informó, al desatarse un altercado al interior de la Casa del Florero, por cuanto, se descubrió la actividad profesional que desarrollaba, fue retirada del recinto, circunstancia que, precisa la Sala, necesariamente tuvo que impedirle apreciar todo lo acaecido en esa locación, en particular, la presencia de los ahora desaparecidos.

En todo caso, no pude pasar desapercibido que la connotación dada a ciertas personas, tildadas de «sospechosas», significó que no permanecieran en el primer piso de la Casa del Florero, a la vista de todos los conducidos hasta allí, ni en el mismo

momento, pues, se entiende que el egreso del sitio asediado, Palacio de Justicia, operó paulatino y espaciado.

Por lo demás, la forma subrepticia como se buscó esconder a los sospechosos, no solo ubicándolos en el segundo piso, sino obviando su registro oficial, tiene fundamento sólido en lo declarado por RZBT, HDCT, EM, YS y JRC, quienes, al catalogárseles de «sospechosos» o «guerrilleros», sin pasar por el primer filtro, fueron conducidos a la segunda planta, lo que, se infiere necesario, sucedió con IF, CR y BB.

Que en ese segundo nivel ninguna persona reconociera o identificara a los empleados de la cafetería, no significa que no hubiesen estado allí; no solo porque la información que se cernía sobre la posible colaboración con miembros del grupo subversivo para la toma de la sede judicial, generaba de mayor sigilo, sino porque, dado el trato al que se les sometió -con vejámenes e interrogatorios profundos- se advierte, en lugares separados cada uno de ellos, no era factible que pudieran observar o determinar lo que ocurría con los otros retenidos.

En efecto, según lo narrado por YES, EM, OQ y LFRA, entre otros, la dinámica de lo que ocurría cuando se les ingresaba a ese segundo nivel, en condición de «sospechosos», iniciaba por separarlos de las demás personas; los ubicaban en diferentes habitaciones de ese recinto, en las esquinas; tenían que mirar contra la pared y con las manos en la cabeza; se les prohibía observar hacia otro lado y a algunos les fueron vendados los ojos, conjunto de circunstancias que, emerge obvio, impidieron observar con detalle a las personas que fueron conducidas allí.

Situación diversa, valga señalarlo, ocurrió con IFP, quien, pese a las circunstancias descritas, sí pudo ser observada al interior de la Casa del Florero.

[...]

El Tribunal también destacó los testimonios de personas diversas a los rehenes rescatados de la sede judicial. Tal es el caso de FCL y PLA, empleados en la Casa del Florero, quienes coincidieron, en la descripción y demás datos suministrados, con la identificación de IF.

Así las cosas, el plexo probatorio abordado por el Tribunal para darle firmeza a la comprobación de que IF Pineda fue percibida al interior de la Casa del Florero, deja sin sustento la insular crítica del libelista, quien, de manera etérea, sin especificar un medio de convicción concreto, ni cuáles son los aspectos en que residió la equivocación del juzgador, aduce que “los testigos presenciales

tampoco han sido claros en los señalamientos de las presuntas víctimas en la Casa del florero”.

El Tribunal también destacó los testimonios de personas diversas a los rehenes rescatados de la sede judicial. Tal es el caso de FCL y PLA, empleados en la Casa del Florero, quienes coincidieron, en la descripción y demás datos suministrados, con la identificación de IF.

Así las cosas, el plexo probatorio abordado por el Tribunal para darle firmeza a la comprobación de que IF Pineda fue percibida al interior de la Casa del Florero, deja sin sustento la insular crítica del libelista, quien, de manera etérea, sin especificar un medio de convicción concreto, ni cuáles son los aspectos en que residió la equivocación del juzgador, aduce que “los testigos presenciales tampoco han sido claros en los señalamientos de las presuntas víctimas en la Casa del florero”.

Considera el libelista, que la contribución de NV en la elaboración de listados, en el primer nivel de la Casa del Florero, no se traduce en un aporte significativo para la comisión del ilícito, pues, esa tarea deviene legal, en aras de evitar una retaliación guerrillera.

En relación con este tópico, encuentra la Sala similitud argumentativa en relación con el sustento presentado por el apoderado de los coprocesados CP y JG, por ello, la respuesta no puede ser diferente a la consignada en ese acápite, pues, se estableció que la no inclusión de las víctimas en los listados que debían registrar la llegada de ellos a las instalaciones de la Casa del Florero, se constituyó en un acto significativo para no dejar rastro respecto de quienes pesaba la tacha de hallarse relacionados con el grupo subversivo M-19, circunstancia que, en el caso de NV se acentuaba con mayor rigor al tener conocimientos puntuales de esa agrupación delictiva, sumado a que, como lo develó el capitán ÓWVR, también integrante del B-2 y coprocesado en esta actuación, a aquél le fueron entregadas los listados para la verificación de la información, lo que tiene sentido, si se advierte que al interior de esa división le correspondía hacer seguimiento a dicha agrupación guerrillera.

La misma actitud, aquella de evitar dejar huella de cualquier información sobre el trasegar de las víctimas por la Casa del Florero, conforme lo destacó el Tribunal, también se apreció en el informe que el implicado rindió sobre los acontecimientos, en el cual, no se relacionaron los nombres de las víctimas.

La omisión en cita, cabe destacar, no opera consecuencia de que otras personas colaboraran en la realización de los listados, como

equivocadamente lo refiere el impugnante, sino directo cumplimiento del cometido inserto en el plan articulado por quienes integraron la división de inteligencia B-2, de antemano dirigido a borrar cualquier rastro de los integrantes o colaboradores del grupo subversivo.

(iv) Señala el censor, que no constituye indicio grave el referido a que el implicado hubiese reconocido haber estado presente en las instalaciones del B2, lugar al que fueron trasladados varios “sospechosos”, pues, debe contemplarse que se trataba de su sitio de trabajo, sumado a que no está demostrado que se reuniese con las posibles víctimas.

El planteamiento se verifica, en sí mismo, intrascendente, en tanto, como se ha referido a lo largo de este proveído, la responsabilidad atribuida a los procesados no deriva de su pertenencia a las Fuerzas Militares, ni tampoco de que se desempeñen en determinada tarea u ocupen un espacio concreto, sino, por consecuencia de haber adelantado una específica y determinante labor en la desaparición forzada de quienes salieron con vida del Palacio de Justicia y se estimaba pertenecían o colaboraban con el grupo M-19.

Por lo demás, la conclusión de que el procesado en cuestión no se limitó a permanecer en las instalaciones del B-2, la sustentó el Tribunal en que:

- Para el momento en el cual el B-2 ocupó la sede de la Casa del Florero, NV integraba esa división de inteligencia al mando del Coronel SR, pues, a su cargo tenía el seguimiento del proceder delictivo que para ese momento histórico desplegaba el grupo M-19.

- En desarrollo de las actividades en la Casa del Florero, NV señaló que se desplazó a las instalaciones del B-2 en la Escuela de Caballería.

- Se estableció que por orden del Jefe de esa división, se dispuso el traslado a las instalaciones del B-2, de personas catalogadas como «sospechosas», circunstancia, esta, no discutida por el impugnante, y que, a su turno, sirvió de fundamento para colegir que a ese lugar también fueron enviados IFP, CARV y BBH, conforme fue abordado por la Sala en el acápite que desató el recurso casacional formulado a nombre de SR.

En ese orden de ideas, a partir de la comprobación de esa cadena de sucesos, con una evidente conexión, no contraría la razón que el Tribunal infiriera que, respecto de quienes llegaron al B-2 en condición de sospechosos, NV fuese «uno de los responsables de interrogarlos al tratarse de individuos etiquetados previamente como vinculados al M-19, función que se alinea

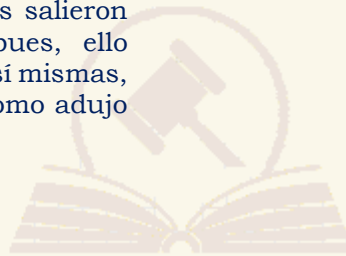
con su presencia en esas instalaciones, al ser parte de los desplazamientos reconocidos por el mismo procesado.»

Así las cosas, la precedente construcción indiciaria no es de menor relevancia, como lo quiso plantear el impugnante, pues, ella confluyó en establecer, itera la Sala, el vínculo inescindible entre los implicados y las víctimas, todo lo cual contribuyó a determinar la materialización de actos ejecutivos tendientes a materializar la propuesta que se gestó en los mandos superiores, para el tratamiento de las personas catalogadas como «sospechosas», a efectos de lo cual, necesariamente se debía contar con la división de inteligencia del B-2, en particular, con NV, dado que este contaba con conocimientos y destrezas para efectivizar la consecución del plan propuesto, teleológicamente dirigido a desaparecer a los integrantes del grupo guerrillero.

Para la Corte, finalmente, resulta particularmente dicente, en términos del delito atribuido a quienes hacen uso del recurso de impugnación especial, que todos ellos pretendan desligarse de cualquier tipo de intervención en la tarea de interrogar y perfilar a quienes salieron con vida del Palacio de Justicia, pues, ello informa evidente que esas labores, por sí mismas, no resultaban irrelevantes o legales, como adujo

uno de los defensores, sino necesarias y definitivas de la suerte que debían correr quienes fuesen señalados de pertenecer o colaborar con la agrupación subversiva.

Atendiendo los presupuestos precedentes, la Sala también confirmará el fallo emitido en contra del procesado LFNV.



- 7. CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de desplazamiento forzado / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos: sujeto activo, indeterminado / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: la violencia puede ser moral o física / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos: lugar de residencia, concepto / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Marco jurídico internacional / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Concepto: bloque de constitucionalidad / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Concepto: se debe acoger la interpretación más favorable / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito pluriofensivo / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito de carácter permanente: no permitir el retorno a los predios / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Excepción / **PRESCRIPCIÓN** - Concierto para delinquir agravado: con fines de desplazamiento forzado, termino a tener en cuenta, desde el momento en que este probado que el sujeto dejo de participar del acuerdo / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: se decreta la nulidad parcial, por prescripción de uno de los delitos / **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - Bien jurídico tutelado / **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - Diferente al desplazamiento forzado / **ACCIÓN POLICIVA** - Especial: ejercicio de las propias razones, requisitos / **ACCIÓN POLICIVA** - Especial: ejercicio de las propias razones, no se configura / **ACCIÓN POLICIVA** - Finalidad: sirve para restablecer el statu quo y promover acciones reivindicatorias / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: puede incurrir en el delito, el propietario del bien inmueble del cual son desplazadas las personas / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: el propietario del bien inmueble que utiliza la violencia, las amenazas e intimidación para despojar a los poseedores / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito común / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos: violencia, alcance / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito pluriofensivo / **PARAMILITARISMO** - Pertenecía al grupo: demostración / **PARAMILITARISMO** - Pertenecía al grupo: no hacer parte del proceso de justicia y paz no niega esa condición / **PARAMILITARISMO** - Pertenecía al grupo: no tener antecedentes no niega esa condición

La Corte Suprema de Justicia resolvió la impugnación especial interpuesta por los defensores de G.J.S.M. y M.M.M., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual revocó parcialmente la absolución que había dispuesto el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, y en su reemplazo los condenó como coautores de los delitos de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado.

En esta ocasión, la Sala declaró nula parcialmente la actuación a partir de la resolución de acusación inclusive, por hallarse prescrita la acción penal por el delito de concierto para delinquir con fines de desplazamiento, por lo cual dispuso la cesación del procedimiento adelantado a S.M. por el mencionado hecho punible.

Por otra parte, confirmó parcialmente la sentencia de segunda instancia, que condenó a G.J.S.M. del delito de desplazamiento forzado y a M.M.M. de los delitos de desplazamiento forzado y concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado. Así como, modificó la pena impuesta S.M., fijándola en noventa (90) meses de prisión, multa de setecientos (700) salarios mínimos mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena privativa impuesta.

Lo anterior, por cuanto una vez se precisaron los elementos del delito de concierto para delinquir agravado con fines desplazamiento forzado y el término de prescripción del mismo, se señaló que, las decisiones de instancia se habían proferido vencido el tiempo para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

De otro lado, la Sala consideró que, se configura el delito de desplazamiento forzado cuando el propietario del bien inmueble utiliza la violencia, las amenazas e intimidación para despojar a los poseedores del predio, teniendo las acciones policivas pertinentes para lograr su desalojo.

SP092-2023(61717) de 22/03/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. La Hacienda [...] ubicada en jurisdicción de los municipios de El Peñón y San Martín de Loba Bolívar, nació de adjudicaciones hechas por el Incora a partir del año de 1966 y por ventas

- posteriores hasta 1983, cuando J.E.E.F. adquirió las fincas P., L.P. y S.D.Q.
2. A mediados de 1993 tal predio, abandonado por su dueño debido al asedio de la guerrilla, empezó a ser ocupado por familias asentadas en el corregimiento Buenos Aires comprensión municipal de El Peñón Bolívar, las que comenzaron su explotación agrícola y constituyeron en 1998 la A.COB.A. [...].
 3. El 26 de octubre de 2003, a instancias de G.D.J.S.M., los paramilitares pertenecientes a un frente del bloque Central Bolívar de las AUC, que años atrás habían ingresado por el brazuelo de Papayal y establecido una base en el corregimiento del mismo nombre, al mando de alias "R.", acompañado de alias "R." y de M.M.M., entre otros, reunieron en el establecimiento educativo de Buenos Aires a los ocupantes de la hacienda, quienes debido a la coacción y amenazas proferidas contra ellos en dicha reunión, al día siguiente se vieron forzados a abandonar los cultivos y desalojar los terrenos.
 4. En julio de 2006, enterado J.E.E.F. que los agremiados en [...] habían retornado gradualmente a L.P., retomado los cultivos y solicitado la intervención de INCODER para iniciar el proceso de extinción del dominio del feudo, regresó acompañado de un grupo desconocido fuertemente armado desplazándolos nuevamente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: concepto / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de desplazamiento forzado

El artículo 340 inciso 2° del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2000, sanciona con pena de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la conducta de quienes se concierten con el fin de cometer delitos de desplazamiento forzado.

El sujeto activo de la conducta típica es plural e indeterminado, en cuanto el acuerdo implica la voluntad de asociación de varias personas y cualquiera persona puede ser parte de él.

Es delito de comisión dolosa y atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública, al afectar la tranquilidad, el sosiego y la paz de la comunidad.

En este caso, los concertados se unen con el propósito de cometer el delito de desplazamiento forzado y no otros hechos punibles.

Basta el simple acuerdo con esa finalidad para considerar estructurada la configuración típica, por lo tanto es delito de mera conducta.

Por lo demás, el ánimo implica la voluntad de asociación por un periodo de tiempo, cesando la asociación cuando se desiste de la vocación de unión o circunstancias externas impiden su continuación.

Así mismo, es un punible de acción permanente mientras persista el estado antijurídico creado por los asociados, el cual desaparece con la disolución de la asociación criminal.

DESPLAZAMIENTO FORZADO - Evolución legislativa / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Concepto / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Bien jurídico tutelado / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos: sujeto activo, indeterminado / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: la violencia puede ser moral o física / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos: lugar de residencia, concepto / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Marco jurídico internacional / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Concepto: bloque de constitucionalidad / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Concepto: se debe acoger la interpretación más favorable / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito pluriofensivo / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito de carácter permanente: no permitir el retorno a los predios / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Excepción / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Como delito de Lesa Humanidad

El artículo 180 del Código Penal, corregido por el artículo 1° del Decreto 2667 de 2001, reprodujo el artículo 284A del estatuto punitivo anterior, norma esta que tipificó por primera vez en la legislación interna el delito de desplazamiento forzado, como delito que atenta contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo.

Sin ninguna modificación de los elementos que lo configuran, pero ubicado actualmente como conducta que afecta la autonomía personal, el tipo penal prevé sanción de prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de ochocientos (800) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales

mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses para el “que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia. No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional”.

De acuerdo con la descripción típica, el sujeto activo de la acción es singular e indeterminado. Ajusta su comportamiento a ella, cualquiera persona, esto es, no requiere ninguna calidad ni condición. Admite por supuesto la concurrencia de personas en su iter criminis.

La violencia puede ser moral o física, al igual que los actos coercitivos y estar dirigidos contra una parte de la población. La violencia o coacción debe ser producto de la conducta arbitraria del sujeto activo, provenir de su capricho, antojo, sin derecho ni razón legal alguna.

El comportamiento puede recaer sobre uno o varios de los miembros de una parte de la población.

La acción persigue que el compelido o compelidos cambien de lugar de residencia.

El “lugar de residencia” es expresión omnicomprendensiva, la cual guarda correspondencia con los instrumentos internacionales que contemplan los principios y fundamentos del delito de desplazamiento forzado.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, en relación con la población civil, al contemplar la prohibición de los desplazamientos forzados no alude a la expresión contenida en la descripción típica de la conducta prevista en el artículo 180 del Código Penal, sino a “abandonar su propio territorio”.

Por su parte, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, en los cuales se señalan los derechos y las garantías de las personas desplazadas se refiere a que hayan sido forzadas u obligadas “a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual”.

El Estatuto de Roma al contemplar como crímenes de lesa humanidad la deportación o

traslado forzoso de población, señala que por esta conducta se entiende el desplazamiento forzoso de las personas de la “zona en que estén legítimamente presentes”.

Como puede verse el Protocolo y el Estatuto acuden a expresiones abiertas, “territorio” y “zona”, no excluyentes del lugar donde habitan las personas y desarrollan sus actividades vitales.

En tanto, los Principios rectores aluden al “hogar” o “lugar de residencia habitual”, con el propósito no de distinguir entre uno y otra sino de asegurar expresamente que el desplazado también puede serlo de su casa.

De otro lado, el Protocolo y los Principios Rectores son la normativa básica internacional sobre desplazamiento interno en el mundo en general, y fuente de interpretación en materia de protección de los derechos humanos de los desplazados en el ámbito nacional.

“La Corte ha señalado que las normas sobre desplazamiento y, en particular, las que orientan a los funcionarios encargados de diligenciar el RUPD, deben interpretarse y aplicarse a la luz de los siguientes principios: (1) Las disposiciones legales deben interpretarse y aplicarse a la luz de las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad sobre el tema de desplazamiento forzado, en particular, el artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas; (2) el principio de favorabilidad; (3) el principio de buena fe y el derecho a la confianza legítima; y (4) el principio de prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho” .

En este sentido, la Corte Constitucional considera que desplazado es la persona que ha sido obligada a dejar su lugar de residencia mediante actos violentos y permanece dentro de las fronteras patrias.

[...]

De ahí que el tribunal constitucional haya sido insistido que en materia de desplazados, deba privilegiarse la interpretación más favorable en relación a los derechos humanos acorde con los citados principios rectores.

[...]

La definición de desplazado contemplada en la ley interna, es más amplia que la prevista en los principios rectores de los desplazamientos internos, al considerar que una persona se encuentra en tal situación cuando también es obligada a abandonar el lugar de sus actividades económicas habituales.

[...]

Bajo tales premisas normativas y jurisprudenciales, es preciso advertir que el tipo penal de desplazamiento forzado no reprocha solo la conducta del autor que mediante la violencia o la coerción sobre un sector de la población ocasiona que uno o unos de sus miembros cambie de “lugar de residencia”, en el sentido lingüístico de esta expresión, esto es, reducida al sitio donde se vive o cohabita con otras personas.

“Se tiene que el delito de desplazamiento forzado comporta el ejercicio de violencia o coacción arbitraria sobre un número identificable de personas, que produce el cambio físico de residencia, por manera que los medios de coacción utilizados deben ser dirigidos contra un sector de la población produciendo el sometimiento de su voluntad, obligando o compeliendo a su cambio de residencia”.

El “lugar de residencia” al que se refiere la descripción típica no es solamente la vivienda en la cual se habita sino también el espacio físico o territorio con el que la persona tiene un proyecto de vida, entendido este como el conjunto de actividades que le permiten su realización como ser humano, más allá de sus necesidades primarias. Es el sitio, en consecuencia, donde además de vivir, la víctima busca cumplir sus metas y propósitos trazados a partir de su proyección personal.

El ámbito de protección de la norma, desde la perspectiva de los derechos humanos, en consecuencia, no es irreductible al sitio donde se duerme sino que en sentido amplio abarca el lugar donde la persona adelanta las actividades de subsistencia y de relación social, conforme a sus metas y propósitos que orientan su proyecto de vida.

[...]

Y reiterado al señalar que el delito se estructura cuando la violencia o coacción afecta la autonomía de la persona para decidir el lugar del

territorio en el que desea habitar y desarrollar su proyecto de vida.

[...]

El bien jurídico objeto de protección penal es el de la autonomía personal, la potestad del individuo de poder decidir el lugar del territorio nacional en el que desea vivir.

También la Corte ha dicho que es pluriofensivo, en la medida que ofende igualmente la vida y la integridad personal de la víctima de desplazamiento.

[...]

Finalmente es un delito permanente, en tanto el estado antijurídico creado por la acción se mantenga, esto es, persistan los actos de intimidación y hostigamiento que impidan a la víctima o víctimas regresar a su lugar de residencia del cual fue desalojada.

[...]

En el inciso in fine, consagra una justificación legal para el desplazamiento forzado de un sector de la población. En este sentido la conducta no es punible cuando el movimiento de la población sea realizado por la fuerza pública con la finalidad de brindarle seguridad o en desarrollo de operaciones militares necesarias, urgentes o apremiantes, de acuerdo con lo previsto en el derecho internacional.

Tal justificación es desarrollo de lo previsto en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, cuyo artículo 17.1 prevé que:

“No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.

El tipo penal difiere del desplazamiento forzado descrito en el artículo 159 del Código Penal, el cual hace parte del título II de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, toda vez que la conducta descrita debe ser resultado del conflicto armado, al disponer el tipo penal que el mismo se produzca con ocasión o en desarrollo de él.

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de desplazamiento forzado / **PRESCRIPCIÓN** - Concierto para delinquir agravado: con fines de desplazamiento forzado, termino a tener en cuenta, desde el momento en que este probado que el sujeto dejo de participar del acuerdo / **PRESCRIPCIÓN** - Concierto para delinquir agravado: tratándose de acuerdos con grupos paramilitares, en principio se contabiliza a partir de la desmovilización o desmantelamiento de la organización armada / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Prescripción de la acción penal: término a tener en cuenta, desde la captura del procesado / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Prescripción de la acción penal: corre de manera independiente a la prescripción de los delitos que se cometieran en curso de la asociación criminal / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: se decreta la nulidad parcial, por prescripción de uno de los delitos

El delito de concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado, conforme con la Ley 733 de 2002, que modificó el artículo 340 del Código Penal vigente para los hechos, se hallaba sancionado con pena máxima de doce (12) Años.

a SM se le acusó de haberse concertado con el grupo de las autodefensas que en 1998 estableció su base en el corregimiento de Papayal, cuando a mediados de 2003 regresó como administrador de [...] y en octubre participó en la reunión liderada por alias “[...]”, que llevó al desplazamiento de los campesinos que la ocupaban.

De igual manera, existe prueba testimonial y documental, conforme la cual en el 2004, el acusado abandonó [...] y la región por orden de los paramilitares.

Recuérdese que el 18 de septiembre de 2004, SM debió abandonar la finca por orden de alias, “[...]”, hombre de confianza del jefe paramilitar alias, “[...]”, hecho denunciado en Medellín el 3 de noviembre de ese año, dejando a EMB encargado y al cuidado de [...].

Frente a este delito se ha dicho que su comisión cesa con la captura del integrante que hace parte de la asociación criminal, salvo que privado de su libertad continúe con la actividad criminal de la cual hacía parte; la fecha de ejecutoria material de la resolución en que se le acusa de tal punible; o, de la desmovilización del grupo armado ilegal,

en los casos de sometimiento a la jurisdicción de justicia y paz.

Adicionalmente es posible que el acuerdo termine debido a la voluntad del asociado por abandonar la organización ilegal o circunstancias ajenas a él le impidan continuar siendo parte del mismo, cuyas situaciones al estar probadas serán el momento a partir de las cuales inicie o interrumpa el término de prescripción de la acción penal.

[...]

En este caso, SM habiendo sido obligado a dejar [...] y debido a esto desde septiembre de 2004 fijó su residencia en Medellín, sin que exista prueba demostrativa de haber conservado sus vínculos con el grupo armado ilegal o de que este adelantara actividades criminales en esa ciudad a nombre de las autodefensas, es pertinente advertir que en esa fecha cesó su participación en el concierto.

No es posible atribuirle participación en el concierto por los hechos cometidos con posterioridad a ese mes y año, en tanto no hay evidencia alguna con la prosecución de la actividad criminal de la organización, ni la posibilidad que desde la distancia continuara manteniendo lazos con ella.

Luego al 30 de marzo de 2017, día en que adquirió firmeza la acusación proferida contra el acusado, había transcurrido más de doce (12) años, tope señalado como pena máxima para el delito de concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado, de modo que la acción se encontraba prescrita por el transcurso del tiempo.

En consecuencia, al haber perdido el Estado la potestad del ejercicio punitivo, a la fiscalía le correspondía reconocer el fenómeno prescriptivo ordenando la preclusión de la instrucción y no propiciando el adelantamiento del juicio ante ese hecho irrefutable.

Ahora bien como no se hizo en su oportunidad debida, los fallos de instancia habrán de declararse nulos parcialmente y, en su lugar, disponerse la cesación del procedimiento por dicho delito, lo cual llevará en su oportunidad a modificar la pena impuesta a SM.

CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - Bien jurídico tutelado / **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - Tipo penal subsidiario / **CONSTREÑIMIENTO**

ILEGAL - Diferente al desplazamiento forzado / **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL** - No se configura

El hecho punible de constreñimiento ilegal descrito en el artículo 182 del Código Penal, aun cuando también afecta la autonomía personal, es un tipo penal subsidiario, dado que se actualiza “fuera de los casos especialmente previstos como delito”.

Las amenazas y actos intimidatorios atribuidos al grupo armado ilegal al que acudió SM, tenían finalidad específica: que los campesinos desalojaran [...], esto es, cambiaran el lugar de residencia, y no que hicieran, toleraran u omitieran alguna cosa.

Ante su mayor riqueza descriptiva, la conducta atribuida a los acusados se adecua al desplazamiento forzado y no a la de constreñimiento ilegal.

ACCIÓN POLICIVA - Especial: ejercicio de las propias razones, requisitos / **ACCIÓN POLICIVA** - Especial: ejercicio de las propias razones, no se configura / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Concepto / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Demostración / **ACCIÓN POLICIVA** - Finalidad: sirve para restablecer el statu quo y promover acciones reivindicatorias / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: puede incurrir en el delito, el propietario del bien inmueble del cual son desplazadas las personas / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: el propietario del bien inmueble que utiliza la violencia, las amenazas e intimidación para despojar a los poseedores

El comportamiento contravencional del ejercicio de las propias razones, implica que quien quiera hacer justicia por su propia mano sea el titular del derecho.

En este asunto, SM ni el grupo paramilitar eran propietarios del predio o tenían derecho alguno para desalojar a los campesinos que lo ocupaban.

Tal como se dijo en las consideraciones dogmáticas del delito, la configuración típica no exige que la población o una parte de ella obligada mediante la violencia, amenaza o intimidación a cambiar su lugar de residencia, deba hallarse en un baldío u ocupándolo legalmente.

La conducta descrita en el tipo penal no alude a ninguna de las situaciones alegadas por el recurrente.

La prueba testimonial enseña que a partir de 1993, los habitantes del corregimiento de [...] municipio de [...] vecinos a la hacienda [...], debido a que su propietario la abandonó por la intervención de la guerrilla, quedó mal con las “vacunas” , comenzaron a ocuparla y cultivarla, algunos lo hicieron bajo permiso del administrador .

Bajo tal situación, [...] no era un bien baldío. Su propietario había adquirido los predios formalmente englobados en esa denominación genérica, mediante escrituras públicas [...] de 20 de septiembre y [...] de 24 de noviembre de 1983.

Ahora bien, como en este asunto no se trata de discutir la naturaleza del bien inmueble ni la titularidad del derecho real o personal, contrario a lo sostenido por el recurrente, la heredad podía ser objeto de posesión en los términos de la ley civil.

De ahí, que los campesinos de manera pacífica y pública tomaran posesión de [...] y comenzaran a explotarla aprovechando aquella circunstancia, dado que no existe prueba de que la misma haya sido violentamente o motivada por ellos.

Si su propietario buscaba restablecer la situación de hecho al estado anterior a la pérdida de la posesión sobre la finca, debió solicitar el amparo policivo para restablecer el statu quo y promover las acciones reivindicatorias y no acudir, como lo hizo SM, a grupos armados ilegales para su restitución.

[...]

Pasa por alto el libelista, que el tribunal al referirse a la reunión del 26 de octubre de 2003 señaló los motivos por los cuales descarta que el grupo armado ilegal acudiera a la persuasión para que los campesinos abandonaran la finca, como lo sostuvieron ÁDG, PMR y MMM; explicó por qué la declaración de ERI no es coherente frente a lo dicho por los demás testigos; y, calificó las aseveraciones de PMR de poco creíbles y carentes de poder suasorio.

Por el contrario frente a quienes asistieron a dicha reunión y afirmaron que fueron amenazados, el ad quem encontró coincidencias en los lugares donde se desarrolló la reunión, el jefe paramilitar que la presidió, el sitio donde este les dijo que podían cultivar en vez de hacerlo en

[...], y en la expresión utilizada por SM para referirse al valor que los campesinos creían valía la hacienda.

Por lo demás consideró que la presencia paramilitar era suficiente para intimidar y causar temor a los habitantes del corregimiento que ocupaban la finca, grupo ilegal que al llegar en diciembre de 1998 a la región lo hizo a sangre y fuego, como quiera que la prueba testimonial indica que varias, por lo menos tres personas, fueron ejecutadas en ese mes acusadas de ser auxiliares de la guerrilla, toda vez que ante las amenazas proferidas en la reunión de octubre 26 de 2003 a la que fue convocada la población, los agricultores al día siguiente debieron abandonar sus cultivos y no regresaron a [...], sino hasta cuando inició el proceso de desmovilización de las autodefensas.

DESPLAZAMIENTO FORZADO - Demostración / **PARAMILITARISMO** - Bolívar / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Elementos: lugar de residencia, concepto / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Se configura

Para la Sala en orden a determinar la veracidad de la prueba, es preciso tener en cuenta los intereses que llevaron a la creación en 2011 del movimiento [...], propiciada por [...], empresa propietaria desde 2009 de la Finca [...], opuestos a los de la [...] creada en 1998, que llevaron a fracturar el tejido social de la comunidad y a varios de sus miembros a modificar su versión.

Esta situación explica que PMR, quien el 9 de mayo de 2009 denunciara el desplazamiento forzado de que fuera objeto la comunidad en 2003, el 15 de junio de 2011 en declaración extrajuicio vertida en la Notaría Única de [...] manifestara que tal hecho no había acontecido, versión que mantuviera en su declaración rendida el 11 de octubre de 2016.

Sin embargo, la versión de MR no constituye retractación de su denuncia como lo expresa el recurrente, mientras el tribunal encuentra contradicciones desacreditantes de su mérito suasorio.

MR en la declaración extra juicio como en la rendida en la audiencia de juzgamiento, en lo concerniente con este proceso, admite la presencia paramilitar, “no lo podemos negar militó, primero la guerrilla, después los paramilitares”; la reunión del 26 de octubre,

presidida por “El señor [...], sí se dio la reunión, allí se trató tema de la comunidad, tema también basado en la problemática de [...]”; y, manifiesta que no hubo desplazamiento, porque “la comunidad de [...] ni una sola persona, no tuvo asentamiento en [...]” .

Además de referirse a los hechos sucedidos a partir de 2009, los cuales no interesan a esta investigación, lo primordial es el reconocimiento del testigo de los aspectos fundamentales a los cuales se refirieron los campesinos de [...], mientras su aseveración poniendo en duda el desplazamiento proviene de la circunstancia de que para esa época, año 2003, no vivían las 24 horas en [...].

En principio, es pertinente señalar que la [...] constituida el 3 de octubre de 1998 e inscrita en la Cámara de Comercio de [...] el 15 de diciembre de ese año, cuyo objeto social es el de producir, comercializar y procesar productos agropecuarios, nació antes de la llegada al brazuelo de Papayal de los Paramilitares.

Como también tener en cuenta que la comunidad de ese corregimiento, desde 1993 ocupaba [...] y establecido en ella su proyecto de vida, toda vez que durante el día cultivaba la tierra y, en “ranchos o cambuches”, construidos por algunos de sus integrantes, descansaban, tomaban los alimentos, se refugiaban del agua, guardaban las herramientas y las cosechas, mientras en la noche pernoctaban en sus casas de [...].

Por esta razón, y no otra, es que muchos de los comuneros en principio señalaron que no hubo desplazamiento forzado, porque como lo advirtieron HRG, “la gente piensa que como no nos desplazaron del pueblo, nos desplazaron del lugar de trabajo que por eso es que no hubo desplazamiento” ; MR, los habitantes no estaban “asentados” en la finca; y otros testigos, indicaron que [...] nunca fue abandonada por su dueño y trabajaban en ella con permiso del administrador.

De otro lado, SASSP, desmovilizado del frente Vencedores del Sur y Combatientes de la Serranía San Lucas del bloque Central Bolívar de las autodefensas, expresó que ante el interés de las empresas palmicultores en adquirir los terrenos, los jefes impartieron la “orden a los que fungíamos como comandantes en la zona referida para planear y ejecutar el desplazamiento de las familias que vivían en los terrenos de las pavas, eso venía desde el año 2002 y 2003”; “[...] es JEP,

quien fue el comandante militar encargado para llevar a cabo ese desplazamiento” .

Desde esta perspectiva, es evidente que la reunión de 26 de octubre de 2003 convocada por los paramilitares y llevada a cabo en el centro educativo del corregimiento [...], en la que intervinieron SM y MM, tenía como propósito desplazar a los campesinos de [...], conforme lo afirmaron muchos de los asistentes, quienes ante las amenazas e intimidación de alias “[...]”, al día siguiente, lunes, no regresaron y abandonaron los cultivos que tenían sembrados allí, toda vez “que si no hacíamos caso, bajaríamos desmembrados y muertos como los que bajaban por el río” ; y, “que nos diéramos cuenta de lo que estaba pasando por el río, que si no desocupábamos las tierras nos podía pasar lo mismo” .

Lo anterior, no hace otra cosa que complementar lo dicho por MR, cuando dijo que la reunión se ocupó de “la problemática de [...]” y aclara su manifestación, según la cual, no hubo desplazamiento porque ellos no estaban “asentados” en esa finca, cuando a la pregunta si podía dar fe de la existencia de campesinos en la hacienda, respondió: “Si puedo dar fe que no, con asentamientos y familia allí viviendo no”.

Por lo demás, su testimonio acerca del objeto de la reunión y de las amenazas proferidas en ella, es insular y opuesto a la mayoría de los asistentes a la reunión, quienes debido a las mismas debieron abandonar la finca.

Ahora que los integrantes de [...], que antes fueron asociados de [...], sostengan contra toda evidencia que la reunión no existió, revela la fractura del tejido social de la comunidad propiciado por [...], empresa que vinculó como uno de sus trabajadores al acusado MM, pero de ningún modo desvirtúa, como con tino lo señala el tribunal, los hechos acaecidos a partir del 26 de octubre de 2003.

En este sentido, la Sala no encuentra errores en la valoración probatoria del testimonio de PMR con incidencia en el fallo, pues ofrece razones serias y fundadas en elementos de juicio para estimar que la prueba de cargo por su verosimilitud debe ser preferida a la del citado testigo, la que además considera contradictoria frente a los hechos sucedidos con posterioridad al año 2006.

Valga recordar que GJ en su indagatoria admitió haber buscado a su llegada en Papayal a alias

“[...]”, porque EF le había hablado de la existencia del grupo paramilitar, con el propósito de enseñarle las escrituras de la finca [...] y una carta de su propietario, conducta que revela su intención de recuperar los terrenos de la hacienda ocupados por los habitantes de [...] con el apoyo del grupo armado ilegal.

De ahí que ante el fracaso en persuadir a la comunidad para que desalojara [...] porque tenía dueño, buscara la intervención de las autodefensas establecidas en Papayal, con cuyo jefe del frente acordó con antelación la reunión que condujo al desplazamiento de los campesinos. No otra es la conclusión, al acudir a la reunión en el centro educativo acompañado de ellas y enseñar las escrituras, haciéndole saber de manera grotesca a los asistentes que no estaban en capacidad de comprar el predio, mientras alias [...] mediante amenazas los conminaba a abandonar la finca ocupada.

Finalmente, hay suficiente prueba irrefutable de la reunión llevada a cabo en el centro educativo de [...], en la que alias “[...]”, jefe de los paramilitares asentados en Papayal, acompañado de SM y de MM, conminó a la comunidad, mediante amenazas, a desocupar la hacienda [...], aunque quien la presidiera niegue su existencia , al igual que algunos comuneros que dejaron de pertenecer a ASOCAB para integrar Nuevo Liderazgo Campesino, movimiento creado en 2011 para dividir a los pobladores de Buenos Aires.

Para el apoderado de SM no existió el delito de desplazamiento forzado, porque los campesinos “continuaron viviendo en sus mismas casas, corregimiento de [...]”; “en [...] solo existían algunos cultivos, pero ninguna vivienda construida, solo algunos rústicos cambuches para resguardarse (sic) el producto recolectado y protegerlo del sol y la lluvia, nunca apto para vivienda humana”; y “el mismo ejercito ilegal, supuestamente les indicó que podrían ir a tomar tierras”.

Frente a las consideraciones del libelista es pertinente admitir que los campesinos regresaban a sus viviendas a pernoctar.

Así lo expresaron, LCMM “todo el tiempo nosotros hemos vivido en [...], [...] fue lugar de trabajo donde íbamos y hacíamos los sembrados y por las tardes regresábamos al pueblo y en la tarde íbamos a dormir al pueblo”; BAC “íbamos y veníamos, vivíamos era en el caserío de Buenos

Aires”; OMP “Trabajaba en la hacienda las [...], cultivando maíz, yuca, arroz, vivía en [...], íbamos y veníamos de las [...] a [...] y viceversa”; entre otros.

Sin embargo, el recurrente circunscribe la expresión “lugar de residencia” al espacio físico en el que duerme la persona, cuando en realidad, según lo dicho en precedencia, abarca el sitio donde desarrolla su proyecto vital.

Para efectos del tipo penal, dicha expresión se extiende más allá de lo que exacta y rigurosamente se entiende por vivienda. Si el sentido jurídico fuera este, el legislador habría hablado de “residencia” sin acompañarla del vocablo “lugar”, cuya acepción admite sitios en los que además de vivir la persona establece una relación vital, entendida como el entorno en el que desarrolla su vida familiar y laboral.

Basta con advertir, el vínculo establecido con [...] en cuya hacienda transcurría la vida laboral de los campesinos, quienes en los ranchos o cambuches además de guardar las cosechas y herramientas de trabajo, tomaban sus alimentos, descansaban y se protegían de las inclemencias del tiempo, para entender que ese terreno hacía parte de su lugar de residencia en el sentido de la descripción típica ya dicha, en tanto correspondía a su proyecto de vida no limitado al espacio físico donde se duerme.

Esa visión restringida acompañó, según lo visto, a muchos de los campesinos, quienes por no tener establecida su vivienda en [...], estimaban que no habían sido desplazados.

Ahora bien, no hay prueba que los paramilitares desde su llegada en diciembre de 1998 a Papayal hasta octubre de 2003, autorizaran a los habitantes de [...] a cultivar la tierra, ya que conforme lo expresa EAC, aquellos el año 2000 lo citaron a él para que como presidente de la junta de acción comunal les hiciera saber a sus ocupantes que [...] era de uno de sus jefes.

En todo caso, tal conocimiento no hace atípica la conducta atribuida a SM, con independencia de la situación en que ocupaban la tierra, los campesinos de [...] no podían mediante las amenazas ser obligados a abandonar y cambiar su lugar de residencia, en el sentido explicitado en esta decisión.

DESPLAZAMIENTO FORZADO - Delito común / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: es innecesario determinar la

relación jurídica que vincula a la persona con el lugar del cual es desplazada / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** -

Configuración: puede incurrir en él el delito, el propietario del bien inmueble del cual sean desplazadas las personas / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Configuración: el propietario del bien inmueble que utiliza violencia, amenazas e intimidación para despojar a los poseedores

El defensor de MMM, sobre la base de la prelación de los tratados internacionales, invocando la tipicidad “extendida”, pide que la descripción típica del artículo 180 del Código Penal sea complementada con el elemento normativo “legítimamente” del crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población, previsto en el literal d numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

En principio, es pertinente aclarar que al acusado no se le atribuye un delito de lesa humanidad, que es el ejecutado “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, sino un delito común, cuya tipicidad no exige reenvío a un ordenamiento internacional.

La pretensión del impugnante es equivocada. El delito de desplazamiento forzado no es un tipo penal que para su estructuración deba completarse con otro, pues en acatamiento del principio de tipicidad previsto en el artículo 10 del Código Penal se halla definido de manera inequívoca, expresa y clara.

Por el contrario, contempla un ámbito de mayor protección para la víctima que la descripción típica no prevea el ingrediente normativo echado de menos por el impugnante, en cuanto pune la situación de quien es desplazado de su lugar de residencia, sin consideración alguna a la condición en que la ocupa.

De ahí que sea innecesario determinar la relación jurídica que vincula a la persona con el lugar del cual es desplazada, por no ser un elemento de la conducta típica.

En consecuencia, sin que la posesión de la finca haya sido mediada por la violencia, algunos de los ocupantes sostienen fue autorizada por el administrador, su propietario como ya se dijo disponía de instrumentos legales para recuperarla, amparo policivo y acciones posesorias, toda vez que su ocupación de hecho y no ilegítima, no le otorgaba patente de corso para acudir a los grupos armados ilegales y

concertado con ellos, mediante las amenazas desalojarlos de sus cultivos.

DESPLAZAMIENTO FORZADO - Elementos: violencia, alcance / **DESPLAZAMIENTO FORZADO** - Delito pluriofensivo

El impugnante aduce que como el desplazamiento forzado no existió tampoco hubo actos preparatorios, mientras añade que el tribunal no podía hablar de un contexto de violencia frente a personas que no acudieron a la reunión del 26 de octubre de 2003.

El recurrente desconoce en este punto que en diciembre de 1998 en el corregimiento de Papayal las autodefensas habían establecido un frente y, para hacerlo, entraron a sangre y fuego, ejecutando a varios pobladores y, en 1999, habían mostrado interés en la hacienda [...], tal como en su oportunidad lo expresara el desmovilizado HAG.

Igualmente que GJSM a mediados de 2003 regresó a [...] por encargo de su dueño, con el conocimiento de la existencia del grupo armado ilegal al que buscó enseguida de su arribo a la hacienda, para hacerle saber al jefe de las autodefensas que operaba en la región que iba en representación de su propietario con la intención de recuperar la hacienda.

En ese contexto, en el que la sola presencia paramilitar infundía temor, la circunstancia de que varios pobladores no hayan asistido a la reunión pero se enteraran de su realización, no hace atípica la conducta, toda vez que la violencia o amenazas contempladas en el tipo penal sobre un sector de la población puede recaer en “uno o varios de sus miembros”. En este sentido, baste tener en cuenta lo dicho por LEMN, quien aunque no estuvo en la reunión, “la orden era para todos”.

Conforme lo anterior, resulta infundados los reparos que el libelista hace a las consideraciones y apreciaciones probatorias del tribunal.

PARAMILITARISMO - Pertenecía al grupo: demostración / **PARAMILITARISMO** - Pertenecía al grupo: no hacer parte del proceso de justicia y paz no niega esa condición / **PARAMILITARISMO** - Pertenecía al grupo: no tener antecedentes no niega esa condición

Sobre la falta de prueba de la pertenencia de MM a las autodefensas, ya que su eventual participación en la reunión de octubre de 2003

no lo hace miembro de esa organización ilegal, el impugnante califica de contradictoria a la sentencia por sostener al mismo tiempo que el acusado es paramilitar y carece de antecedentes penales.

El libelista parte de un supuesto equivocado. A MM no se le atribuye pertenencia a las autodefensas únicamente por haber asistido a la citada reunión, sino por el señalamiento que se le hace sobre las actividades que ejecutaba como miembro del grupo criminal asentado en Papayal.

En efecto, además de haber participado en la reunión como miembro de las autodefensas, los testigos le atribuyen distintos roles en la organización ilegal: ser comisionista, informante, encargado de recoger los animales domésticos del pueblo para la organización ilegal y colaborador.

Ahora bien, la circunstancia de que el acusado no aparezca enlistado por el comandante alias “[...]” como miembro del bloque Central Bolívar y ni como desmovilizado en enero 31 de 2006, no enseña que MM no haya pertenecido a las autodefensas, pues si tales hechos fueran prueba de ello, alias “[...]” no habría hecho parte de esa organización ilegal, ya que al igual que aquel no se desmovilizó ni aparece registrado en justicia y paz.

Por el contrario, ella es demostrativa de su prosecución en las actividades criminales reseñadas, en tanto no se acogió a los beneficios de la ley de justicia y paz que en parte propició la desmovilización de las autodefensas.

Adicionalmente, la ausencia de antecedentes penales no es prueba de su ajenidad al grupo armado ilegal, sino un hecho demostrativo de la buena conducta anterior del acusado, que como bien se anota en el fallo tiene incidencia únicamente en la dosificación de la pena, o bien sus actividades delictivas no habían sido descubiertas, de modo que el fallo no resulta contradictorio por ese aspecto.

DOBLE CONFORMIDAD - Redosificación punitiva: por prescripción de una de las conductas

Redosificación de la pena

Debido a que en esta decisión se declara prescrita la acción penal por el delito de concierto para delinquir con fines de desplazamiento atribuido a SM, corresponde respetando los criterios

dosimétricos del tribunal, modificar la pena impuesta a dicho acusado.

En la determinación de la sanción penal, en la condena se tomó como pena base la prevista para la conducta punible de desplazamiento forzado, fijándola, una vez establecido el ámbito punitivo de movilidad, en el máximo del cuarto mínimo, esto es, noventa (90) meses de prisión, multa de setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad.

Esa será la sanción definitiva que deberá purgar GJSM.

La impuesta a MMM no será objeto de modificación alguna, ya que su monto no fue discutido por su apoderado ni se adujo ilegalidad alguna en su determinación.

DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia: declara nulidad parcial y confirma condena

[...], la Sala confirma la sentencia impugnada, con excepción de su anulación parcial dada la declaración de prescripción de la acción penal del delito de desplazamiento forzado con fines de desplazamiento atribuido a SM.

Inicio

8. DELITO - Fuente de obligaciones: deber de reparar los daños materiales y morales causados / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: la de reparar los daños causados con la conducta punible surge de pleno derecho / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Elementos: condicionalidad / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Potestades del juez: establecer, individualizar o cuantificar los daños causados con la conducta punible, desconoce las formas propias del incidente de reparación integral

La Corte Suprema de Justicia dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de F.A.M.P. contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Mediante esa decisión, se modificó la condena impuesta a aquél y a S.E.M.P. por el delito de hurto por medios informáticos, al tiempo que se les concedió la suspensión de la ejecución de la pena, condicionada a la reparación de los perjuicios causados con la conducta punible.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia impugnada, con fundamento en las modalidades de error propuestas por el censor; empero, casó parcialmente el fallo de segundo grado, en el sentido de suprimir, de las obligaciones condicionantes de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, la de “asegurar el

resarcimiento con el medio idóneo que se acuerde con la víctima”.

Lo anterior por cuanto, la obligación de reparar los perjuicios causados con la conducta punible, vista como condicionante de la suspensión de la ejecución de la pena, tiene una naturaleza genérica, es una admonición que sólo podrá concretarse y verificarse su cumplimiento dentro del término fijado por el juez hasta tanto se especifique la prestación u objeto de la obligación indemnizatoria, producto del fallo que decide el incidente de reparación integral o, en su defecto, por vía de lo decidido en la jurisdicción civil.

Al respecto, señaló que, la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la conducta punible surge de la declaración de responsabilidad penal, por ser el delito una fuente de responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, la concreción de las formas y cuantías de reparación e indemnización supone el agotamiento de las formas propias del juicio incidental.

SP216-2023(56584) de 07/06/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de marzo de 2017, mediante accesos fraudulentos a los sistemas informáticos del banco Davivienda, se efectuaron múltiples transacciones electrónicas por un valor total de \$643.220.000.

2. El dinero extraído ilícitamente de la entidad fue transferido por canales virtuales a 24 cuentas de ahorros.

3. Logradas las transacciones ilícitas, sus titulares retiraron inmediatamente los valores consignados para luego entregárselo a quienes les encomendaron “prestar sus cuentas”.

4. En el marco de dichas operaciones ilícitas, en Bogotá, F.A.M.P. recibió la suma de \$29.900.000, mientras que a S.E.M.P. le fueron entregados \$64.750.000.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Obligaciones / **DELITO** - Fuente de obligaciones: deber de reparar los daños materiales y morales causados / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: la de reparar los daños causados con la conducta punible surge de pleno derecho / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Elementos: condicionalidad / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Alcance / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Reparación de los perjuicios causados con la infracción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: no depende del incidente de reparación integral ni de la condena en perjuicios

«[...] sustancialmente hablando, la reparación integral no surge ni se origina en normas adjetivas que atañen a la identificación, caracterización y cuantificación de los daños, así como a la determinación de las personas llamadas a ser indemnizadas y las formas de reparación.

La obligación de reparar los daños ocasionados con el delito, en verdad, es una forma de responsabilidad civil extracontractual consagrada en el art. 2341 del C.C., norma conforme a la cual, quien ha cometido un delito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por el delito cometido. En sintonía con ello, el art. 94 del C.P. preceptúa que la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquélla, los cuales, según el art. 96 ídem, deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, estén obligados a responder.

De suerte que el delito entraña la obligación de reparar los perjuicios, deber que es inherente a

esa fuente de responsabilidad civil y que nace a la vida jurídica con la declaratoria oficial de responsabilidad penal contenida en la sentencia, sin que surja del fallo que pone fin al juicio incidental de reparación, el cual concierne a la “forma concreta de reparación integral” (art. 130 inc. 1° C.P.P.)

A esa lógica es que responde el art. 65-3 del C.P., norma sustancial que presupone la existencia de la obligación de reparar los daños causados con la conducta punible, la cual surge de pleno derecho, al margen de que la concreción de los contenidos de reparación, la cuantía o formas específicas de indemnización estén supeditados a la activación y adelantamiento de un trámite incidental posterior, que culmina con un fallo de condena en concreto y resuelve sobre pretensiones de responsabilidad civil (cfr. art. 181-4 del C.P.P.), una vez la sentencia que decide sobre la responsabilidad penal esté en firme (art. 102 ídem).

Nótese que, una vez constatada la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el art. 65 inc. 1° del C.P. no faculta al juez a imponer las obligaciones condicionantes de la subsistencia del subrogado, a saber, i) informar todo cambio de residencia; ii) observar buena conducta; iii) reparar los daños ocasionados con la conducta punible; iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile la sentencia y v) no salir del país sin previa autorización del juez de ejecución de penas.

Lo que establece el inc. 2° ídem es que el sentenciador exigirá que el cumplimiento de esas obligaciones se garantice mediante caución.

Ello es así debido a que el inc. 1° de la norma declara que el reconocimiento del subrogado comporta esas obligaciones para el beneficiario.

Además, uno de los elementos definitorios de la suspensión de la ejecución de la pena es la condicionalidad, principio acorde con el cual el art. 66 inc. 1° del C.P. advierte que, si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

La suspensión a prueba de la ejecución de la pena representa una alternativa a la pena de prisión, que se clasifica dentro de la categoría de las condenas condicionadas. Se trata de la renuncia a la ejecución de la totalidad o una parte de la pena de prisión bajo determinadas condiciones (compromisos y amonestaciones). El cumplimiento total de las condiciones durante el

tiempo de suspensión conduce a la remisión de la sanción.

Si, por el contrario, los condicionamientos impuestos son incumplidos, la suspensión de la pena debe revocarse. En este caso, se activa la ejecución de la pena privativa de la libertad y se compele a su cumplimiento total.

La amenaza de revocatoria es un componente irrenunciable de este instituto jurídico: dicho metafóricamente, el sentenciado permanece bajo una especie de espada de Damocles (la eventual ejecución del encarcelamiento), la cual produce un efecto disuasivo en el beneficiario.

Allí tiene lugar, sobre todo, el fin de prevención especial negativa, pues mediante las condiciones y la amenaza de revocatoria, la suspensión de la pena hace posible mantener al condenado, por lo menos dentro del tiempo de suspensión, exento de reincidencia.

Así mismo encuentra aplicación la prevención especial positiva, en tanto la pretensión de resocialización -como concreción del principio constitucional de prohibición de exceso-, se satisface de mejor manera a través de la evitación del encarcelamiento, no mediante el cumplimiento de la pena de prisión.

Ahora bien, la condicionalidad deriva del entendimiento del subrogado como una concesión que, si bien favorece la libertad personal, en tanto medida que favorece la resocialización, implica contraprestaciones y reciprocidad del sentenciado.

[...]

En consonancia con esas razones, en la sentencia C-006 de 2003, la Corte Constitucional clarificó que el deber de indemnizar, en tanto condicionante de la permanencia de la suspensión de la ejecución de la pena, no implica la imposición de una doble sanción resarcitoria.

La responsabilidad civil derivada del delito, sustancialmente, es una sola, al margen de que pueda tener relevancia en diversas etapas del proceso [...]

La obligación de reparar los daños causados con la conducta punible, se recalca, es inherente a la declaratoria de responsabilidad penal, deber que opera por mandato legal. En el marco de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el juez (de conocimiento o de ejecución de penas, según sea el caso) simplemente impone al sentenciado la obligación de prestar caución para garantizar su cumplimiento de las obligaciones condicionantes del subrogado, dentro del término que fije para ello.

La estimación de los montos de indemnización, desde luego, sí pertenece a otra fase del proceso en la que aplican reglas distintas (incidente de reparación integral). Mas lo cierto es que, en el presente asunto, contrario a lo sostenido por el demandante, el tribunal no identificó ni cuantificó perjuicio alguno a ser indemnizado por los sentenciados (cfr. num. 27 supra)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: objeto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: características / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: Oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: trámite / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Potestades del juez: establecer, individualizar o cuantificar los daños causados con la conducta punible, desconoce las formas propias del incidente de reparación integral

«Como lo ha clarificado la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ SP13300-2017, rad. 50.034 y SP4559-2016, rad.47.076), el objeto esencial del incidente de reparación integral es la determinación de la cuantía de los perjuicios, concepción a partir de la cual le ha asignado las siguientes características:

(I) Se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito (sentencias del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 del 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160).

(II) El trámite debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal, dado que han sido resueltos en fallo de condena ejecutoriado, de tal manera que el incidente de reparación se aparta completamente del trámite penal (providencias del 27 de junio del 2012, radicado 39.053, y del 9 de octubre de 2013, radicado 41.236).

(III) Como se trata de una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los

daños causados, “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

El incidente de reparación integral, que sólo puede activarse cuando la declaratoria de responsabilidad penal esté en firme (art. 102 C.P.P.), es esencialmente un mecanismo para determinar la cuantía del daño ocasionado con el delito (CSJ AP2428, 12 mayo 2015, rad. 42.527), aspecto eminentemente civil que, además de regirse por ese procedimiento, ha de materializarse en una sentencia de condena en concreto (art. 283 del C.G.P.).

De suerte que se viola el debido proceso si, al momento de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión, el juez, desbordando el contenido de los arts. 65-3 del C.P. y 474 inc. 1° del C.P.P., establece, individualiza y cuantifica perjuicios o impone alguna forma de indemnización o procedimiento resarcitorio, como quiera que una decisión de tal contenido es privativa del fallo que pone fin al incidente de reparación integral (art. 105 del C.P.P.).

Desde el plano sustancial, la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la conducta punible surge de la declaración de responsabilidad penal (art. 94 del C.P.), por ser el delito una fuente de responsabilidad civil extracontractual (art. 2341 del C.C.).

El delito, en sí, entraña daño y éste da lugar a la obligación de repararlo.

Mas la concreción de las formas y cuantías de reparación e indemnización, procesalmente hablando, supone el agotamiento de las formas propias del juicio incidental, a la vez que, bajo la óptica sustancial civil, el mandato genérico de reparar, previsto en el art. 94 ídem, adquiere entidad cuando se concreta la prestación y ésta se hace exigible con la emisión de una condena en concreto, inserta en la sentencia que pone fin al incidente.

Ahora, uno de los procedimientos previstos en el incidente de reparación integral es la invitación a conciliar por parte del juez (art. 104 inc. 1° ídem del C.P.P.). De lograrse acuerdo conciliatorio entre las partes, su contenido se incorporará a la decisión.

De lo contrario, se procederá a la práctica de pruebas y se atenderá el fundamento de sus pretensiones.

A la luz de dichas premisas salta a la vista, entonces, que el tribunal no estaba facultado para imponer a los condenados el deber de “asegurar el resarcimiento con el medio idóneo

que se acuerde con la víctima”, so pena de revocar la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Las potestades de exigir prestar caución (art. 65 inc. 2° del C.P.) y fijar un término para cumplir con el deber indemnizatorio (art. 474 del C.P.P.) no entrañan la facultad de obligar al sentenciado a procurar ni, mucho menos, lograr formas conciliadas de reparación.

Como primera medida, la exigibilidad de la reparación o indemnización de los perjuicios causados con el delito, según el art. 102 inc. 1° del C.P.P., requiere la activación del incidente por solicitud de los sujetos procesales legitimados para ello, sin que el juez pueda abrirlo, tramitarlo y fallarlo oficiosamente.

En segundo lugar, únicamente en curso de la audiencia de pruebas y alegaciones es que el juez puede propiciar la terminación conciliada del conflicto indemnizatorio.

Y, en tercer orden, la consecución de un acuerdo supone que ambas partes así lo convengan, por lo que mal podría obligarse al sentenciado a lograr una conciliación y, menos, entender incumplida su obligación de reparar los perjuicios si no “acuerda el resarcimiento con la víctima”.

Por consiguiente, en el asunto bajo examen, el tribunal violó directamente la ley sustancial por interpretación errónea del art. 65-3 del C.P., en la medida en que del contenido de esa norma ni del art. 474 del C.P.P., que ha de integrarse a ella cuando se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se extrae que el juez puede obligar al sentenciado, bajo el apremio de revocar el subrogado, a procurar y, mucho menos, lograr acuerdos indemnizatorios con la víctima.

[...] la Corte ha de recalcar, conforme a las razones expuestas, que no es cierto que la obligación de indemnizar los daños causados con la conducta punible “surja” del fallo que ponga fin al incidente de reparación integral.

En manera alguna.

Ese deber, que además corresponde a la protección de un derecho fundamental en cabeza de las víctimas, es inherente a la declaratoria de responsabilidad penal.

Mas ya cuantificados los perjuicios y determinadas las formas en que ha de repararse en la sentencia incidental, la obligación prevista en el art. 65-3 del C.P. se concreta en las prestaciones a las que se obliga a indemnizar al condenado, quien ha de cumplirla en el término

fijado por el juez, so pena de que opere la revocatoria del subrogado.

Esto, desde luego, sin perjuicio de la imposibilidad económica de hacerlo.

Digase, por último, que la obligación de reparar los perjuicios causados con la conducta punible, vista como condicionante de la suspensión de la ejecución de la pena, tiene una naturaleza genérica, es una admonición que sólo podrá concretarse y verificarse su cumplimiento dentro del término fijado por el juez hasta tanto se especifique la prestación u objeto de la obligación

indemnizatoria, producto del fallo que decide el incidente de reparación integral o, en su defecto, por vía de lo decidido en la jurisdicción civil (en el mismo sentido, pero con ocasión de la libertad condicional, cfr. CSJ STP8018-2022, rad. 123.352).

En consecuencia, ha de reducirse teleológicamente el alcance de la obligación de reparar mencionada en los arts. 65-3 y 66 inc. 1° del C.P., en concordancia con los arts. 474 y 475 del C.P.P».



9. FRAUDE PROCESAL - Antecedentes legislativos / **FRAUDE PROCESAL** - Evolución legislativa / **FRAUDE PROCESAL** - Derecho comparado / **FRAUDE PROCESAL** - Delito autónomo / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: objeto material / **FRAUDE PROCESAL** - Análisis doctrinario / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: cuando se utiliza medio fraudulento para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de estado / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir, no mantener en error / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, hace parte del agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado / **DELITO CONTINUADO** - Diferencia con el delito de ejecución permanente / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: límite óptico, agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: diferencias entre consumación y agotamiento / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: consumación, a partir del último acto que indujo en error / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: pluralidad de acciones u omisiones que componen una unidad de acción final / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: demostración / **PRESCRIPCIÓN** - Fraude procesal: delito continuado

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado J.O.G. contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual la confirmó, con modificaciones la sentencia condenatoria de primera instancia, que lo condenó como coautor del delito de fraude procesal.

En esta oportunidad la Corte casó la sentencia, en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado, a partir del 25 de abril de 2011, y disponer la

cesación del procedimiento a favor de J.O.G y F.A.R.S., por cuanto la acción penal en relación con el delito de fraude procesal, se extinguió por prescripción.

Al respecto, analizó los elementos, la configuración, consumación y agotamiento del delito de fraude procesal, para concluir que, dicho punible se ejecuta a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso, lo entienda y valore como veraz.

Posteriormente, se estudió la figura del delito continuado para precisar que, en el presente caso la pluralidad de acciones y omisiones componen una unidad de acción final, configurándose el fraude procesal en la modalidad de delito continuado, el cual, se entendió consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción, o a partir del último acto que efectivamente indujo en error, fecha desde la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción.

Por lo anterior, y ante el nuevo computo prescriptivo se estableció que la acción penal en lo referente al delito de fraude procesal se encontraba prescrita.

SP072-2023(58706) de 08/03/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Salvamento de voto:

**Luis Antonio Hernández Barbosa
Gerson Chaverra Castro
Jose Francisco Acuña Vizcaya
Hugo Quintero Bernate**

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de marzo de 1993, J.O.G. le permutó a F.A.R.S., el vehículo de servicio público tipo taxi de placas [...].
2. F.A.R.S., le vendió el vehículo de placas [...] junto con el cupo de servicio público a O.L.F. –hecho conocido por J.O.G.–, quien, el 25 de julio de 1998, se lo vendió a A.J.B.R., el cual, a partir de esa fecha lo poseyó y usó.
3. Al tiempo, F.A.R.S., en connivencia con J.O.G., el 17 de febrero de 2002 le vendió el cupo del servicio público de transporte del

vehículo de placas [...] al señor E.A.G., quien a su vez lo vendió a F.E.C.H., ésta a la empresa [...]. y la última a J.R.S.G., junto con el vehículo de placas [...].

4. El 26 de marzo de 2003, J.O.G. solicitó la cancelación de la matrícula y de la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], alegando falsamente que el rodante había sido destruido, pues, sabía que el vehículo junto con el cupo estaba en posesión y uso de otra persona, para lo cual utilizó varios documentos espurios.
5. Con fundamento en lo anterior, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, el 7 de abril de 2003, comunicó que a partir de esa fecha se canceló la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...]. Y, el 24 de abril de 2003 se aprobó el trámite de matrícula del vehículo de placas [...], a nombre de JRSG, en reposición del rodante de placas [...].

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE PROCESAL - Antecedentes legislativos / **FRAUDE PROCESAL** - Evolución legislativa / **FRAUDE PROCESAL** - Derecho comparado / **FRAUDE PROCESAL** - Delito autónomo / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado / **FRAUDE PROCESAL** - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público

Como consecuencia de los avances en la ciencia jurídico-penal de la teoría del delito que, indudablemente, irradió la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el 5 de diciembre de 1979 la Comisión Redactora del Código Penal le entregó al Presidente de la República de la época un anteproyecto de Código Penal, que se basó en el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia y en el proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, que finalmente se materializó en el Decreto Ley 100 de 1980.

En el proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, en el título IV denominado “De los delitos contra la administración de justicia”, se introdujo un capítulo sexto que abarca ocho artículos, en los que se tipificó por primera vez el delito denominado fraude procesal -art. 229- entre otras conductas [...]

[...]

La incorporación de este tipo penal, en la forma descrita en el proyecto del 3 de agosto de 1978, operó por influencia del Código Penal Italiano, como se puede percibir de su texto, al punto que las normas coinciden en lo fundamental, pues, en ambas se sanciona a quien, en el curso de un proceso civil, administrativo o penal, cambie de manera artificiosa el estado de lugares, cosas o personas, con la finalidad de engañar o inducir en error a una autoridad administrativa, judicial o a un auxiliar de la justicia.

[...]

La mención que se hizo respecto de que el fraude procesal es una manifestación de la estafa, no es fortuita ni aventurada, sino que encuentra sustento en la legislación comparada, en la cual se denomina estafa procesal; así, en España, la estafa procesal, aunque se encuentra separada del tipo penal de estafa, se concibe como agravante de ella; en contrario, en Alemania y Argentina, carece de tipificación autónoma y se entiende como una de las modalidades de fraude que abarca la figura genérica de la estafa, verificándose, como común denominador, que se trata de un delito patrimonial, a pesar de sus particularidades.

Pese a ello, el texto finalmente aprobado por la Comisión Asesora para la redacción del nuevo Código Penal, que se convirtió en el Decreto 100 de 1980, incluyó el delito de fraude procesal como conducta autónoma, que tutela el bien jurídico de la administración de justicia, del siguiente tenor: “Artículo 182. Fraude Procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

El simple cotejo del texto del proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, con la norma que finalmente fue promulgada, deja en evidencia las profundas modificaciones que se introdujeron al tipo penal de fraude procesal, pues, en el primero se sancionaba la transformación de la realidad, con la finalidad de inducir en error a la autoridad judicial o administrativa, al tanto que en la segunda lo que se reprocha es que se induzca en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, con la finalidad de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; es decir, lo que, conforme al proyecto inicial, constituía un ingrediente subjetivo del tipo penal -con el fin de inducir en error-, se convirtió en la acción punible -induzca en error-, circunstancia que resulta trascendental de cara al análisis que más

adelante se obliga realizar con el fin de determinar el momento consumativo del delito de fraude procesal.

La expedición de la Ley 599 de 2000, no modificó la descripción del delito de fraude procesal, sin embargo, significó un cambio en el bien jurídico protegido, pues, introdujo un Título XVI, denominado “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, en el que se incluyó, en el capítulo séptimo, en el artículo 453, la referida conducta.

El cambio del fin de protección de la norma, se explicó en la exposición de motivos de la del proyecto de ley N° 40 de 1998 -Senado- -Por medio del cual se expide el Código Penal-, de la siguiente manera:

“Los funcionarios judiciales conforme al Estado Social de Derecho que se impone tiene como principal finalidad el servicio a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2). Esa misión de suyo debe ser eficaz y recta. Así se enfatiza la propuesta.

El proyecto modifica la terminología y denomina el título “delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, toda vez que el concepto de administración de justicia, tal como lo resalta la doctrina, está afectado por la ideología liberal e individualista resultante del pensamiento de los revolucionarios franceses, para quienes esta función era secundaria en la relación con la de legislar (Fix Zamudio, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional).

Pero además, se resalta, no se trata de proteger sólo los atentados contra la justicia en términos de organización formal, sino todo agravio o atentado contra los mecanismos por medio de los cuales se discierne y se reconoce el derecho”.

Como se ve, en nuestro país el legislador optó por tipificar como tipo penal autónomo la conducta consistente en inducir en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley; resultando ajeno a la descripción típica si el sujeto activo obtiene o no el acto contrario a la ley o los efectos patrimoniales que ello pueda generar, pues, el bien jurídico tutelado es la eficaz y recta impartición de justicia, que se relaciona con el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir, decidir y reconocer el derecho de manera recta y eficaz, sin ningún tipo de intromisión o intrusión (menos aún de carácter fraudulenta y dolosa), así como la

correlativa confianza que tiene la sociedad de que así, precisamente, ocurrirá.

JURISPRUDENCIA - Variación / **FRAUDE PROCESAL** - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto activo, monosubjetivo e indeterminado / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: objeto material / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto pasivo determinado, servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: normativo, medio fraudulento como instrumento engañoso / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento, idoneidad / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: el medio fraudulento debe tener la capacidad para hacer inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta: no requiere que el agente induzca efectivamente en error al funcionario público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de peligro / **FRAUDE PROCESAL** - Derecho comparado / **FRAUDE PROCESAL** - Análisis doctrinario / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir / **FRAUDE PROCESAL** - Perfeccionamiento: cuando se induce en error al funcionario / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: cuando se utiliza medio fraudulento para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Evolución legislativa / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: diferencias entre consumación y agotamiento / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: está orientado a proteger las actuaciones judiciales y administrativas de conductas fraudulentas idóneas para inducir en error al servidor Público / **FRAUDE PROCESAL** - Dolo / **DOLO** - Elementos / **DOLO** - Demostración / **TIPO PENAL** - Conceptos: de mera conducta o de resultado y de conducta instantánea, permanente o de estado / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de estado / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir, no mantener en error / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, hace parte del agotamiento de la conducta

El artículo 453 de la Ley 599 de 2000, reza:

“Fraude Procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley...”.

De la lectura de la descripción típica se logra extraer que se trata de un tipo penal monosubjetivo -describe la conducta realizada por un sujeto-, común -dado que no exige ninguna condición especial del autor para ejecutar la conducta- y el objeto material de la acción ha de ser un servidor público con capacidad funcional de emitir una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

El empleo de cualquier medio fraudulento corresponde a la circunstancia de modo, a través de la cual se ejecuta la acción -inducir en error-; por lo tanto, el medio fraudulento debe ser idóneo para producir la inducción en error del servidor público.

[...]

Ahora bien, como quedó visto en las conclusiones del capítulo anterior, la Corte ha señalado que el fraude procesal es un delito de mera conducta y de peligro concreto, en aras de significar que basta la amenaza más o menos intensa respecto del objeto de la acción -servidor público-, para entenderlo consumado, de donde ha concluido que no es indispensable que el servidor público efectivamente haya sido engañado, sino que el medio utilizado tenga la potencialidad suficiente para ello (CSJ SP, 29 abr. 1998, Rad. 13426; CSJ, SP, 2 sept. 2002, Rad. 17703; CSJ SP7740-2016, Rad. 42682 08/06/2016).

Tal concepción encuentra apoyo en algunos doctrinantes, para quienes el error no es un elemento autónomo genérico del tipo penal de estafa. En este punto, se debe recordar, como se dijo al inicio, que en algunos países iberoamericanos la conducta que ahora se analiza se conoce como estafa procesal, de ahí la mención al delito genérico.

Así, el español Gómez Benítez considera que el tipo genérico de estafa del Código Penal de ese país -en el que se incluye la estafa procesal- no alude al estado de error en el engañado, pues, la norma sólo se refiere a los que “utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”, de donde concluye que “el error no es más que el punto de referencia del nivel de idoneidad del engaño típico, y no un estado psíquico efectivo producido por el engaño”, por lo que la relación de imputación objetiva “no viene a establecer la relación existente entre engaño y error, sino entre engaño y acto de disposición perjudicial”, de modo que considera

incorrecto incluir en el concepto general de estafa, la efectiva constatación de dicho estado psíquico, en tanto, solo se requiere de la idoneidad del engaño.

Siguiendo a Gómez Benítez, el chileno Balmaceda Hoyos, refiere que: “el error tendría que aparecer como un “punto de referencia” para una descripción típica adecuada del engaño, el que, sólo sería típico en la medida en que sea “idóneo para generar un error”. Por ello, sostenemos que el error cumpliría únicamente el papel de delimitar a los engaños típicos”. De la misma opinión, el autor Hernández-Romo Valencia, citado por la Corte en la decisión CSJ SP7740-2016, Rad. 42682.

Sin embargo, un reexamen del texto legal contenido en el actual artículo 453 del Código Penal colombiano, el cual difiere mucho de legislaciones foráneas, advierte que el legislador ha querido que el engaño tenga una manifestación subjetiva real en el sujeto pasivo, que se concrete en el error, pues, la acción jurídicamente desaprobada consiste, precisamente, en inducir en error al servidor público, del tal modo que la conducta no se consuma apenas con la acción engañosa del actor, sino que demanda un efecto sobre el accionado, no otro distinto a la efectiva condición psicológica del funcionario.

En efecto, el verbo transitivo inducir es definido por la Real Academia de la Lengua Española como “1. tr. Mover a alguien o darle motivo para ello. 2. Tr. Provocar o causar algo”. Por su parte, error es definido como “1. M. Concepto equivocado o juicio falso. 2. M. Acción desacertada o equivocada. 3. M. Cosa hecha erradamente.”, de donde surge, entonces, que el autor debe provocar o causar el error en el servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, de modo que si no se logra engañar al servidor público, la conducta será atípica o tentada, dependiendo del caso (la idoneidad del medio o la intervención de un agente externo que impida ese efecto).

En este punto, encuentra la Sala relevante indicar que sobre el verbo rector “inducir” contenido en los tipos penales de actos sexuales con menor de catorce años -artículo 209 del Código Penal- y concusión -artículo 404-, la Sala ha exigido para su acreditación, que la acción inductora produzca un resultado en el inducido, que se concreta en provocar que el otro haga algo.

[...]

Dicho esto, y volviendo al análisis del tipo penal de fraude procesal, se tiene que el error es una equivocada representación de la realidad, por lo que la acción de inducir en error al servidor

público debe suponer provocar o causar en esta persona un conocimiento erróneo, mediante el empleo de medios fraudulentos idóneos para ello, no sólo en razón de su potencialidad intrínseca, sino en atención a las calidades específicas del funcionario; por lo tanto, para la consumación de la conducta punible se requerirá la formación de un error en la mente de la víctima, hecho que debe tener un fundamento fáctico, un soporte real, a partir del cual se pueda objetivar su existencia, hito que marca la consumación del delito, precisamente, porque lo que se protege es el derecho del sujeto pasivo de la conducta -el servidor público- frente al autor, de no ser perturbado en su orientación.

[...]

Además, reúne la posición de algunos doctrinantes, para quienes el error sí es un ingrediente autónomo del tipo penal. Así, Bacigalupo refiere, de cara a la descripción de la estafa del Código Penal español, que el tipo penal “habla de una disposición patrimonial inducida por el error y ello sólo parece compatible con una representación falsa del sujeto pasivo provocada por el engaño” ; por lo tanto, para este autor, el problema “se relaciona con la intensidad de la falsa representación del sujeto pasivo, especialmente con la significación de las dudas del mismo sobre la veracidad de la información recibida”, y concluye que no se requiere que el sujeto pasivo esté absolutamente seguro de la verdad de la información, basta una representación como más probable que improbable sobre la verdad de la información. Por la misma senda, JCerezo Mir, para quien “La conducta engañosa de la parte tiene que inducir en error al juez”

Por lo anterior, la acción del tipo objetivo -inducir en error- se concreta cuando los medios fraudulentos idóneos empleados por el autor, producen en la mente del servidor público un concepto que no corresponde a la realidad, error que debe tener un soporte real, a partir del cual se pueda objetivar su existencia, de tal modo que el delito de fraude procesal se entienda consumado a partir de la exteriorización de un acto desplegado por el servidor público, que se relacione de manera concreta con el medio inductor y manifieste allí su concepción acerca de la que entienda veracidad o realidad del mismo.

Es decir, el delito de fraude procesal se consuma a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso y lo entienda y valore como veraz.

Una interpretación conforme con la cual el delito de fraude procesal es un delito de mera conducta

y se consuma con el sólo empleo de medios fraudulentos idóneos que tengan la potencialidad suficiente para inducir en error al servidor público, se acompañaría con la descripción del tipo penal propuesto en el proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, antes de la expedición del Decreto Ley 100 de 1980, según el cual, la inducción en error se erigía en ingrediente subjetivo del tipo penal; sin embargo, no fue esta la norma finalmente aprobada por el Gobierno - con la expedición del Decreto Ley 100 de 1980- y por el Legislador -Ley 599 de 2000-.

Por lo tanto, de la descripción del tipo penal fácilmente se infiere que la acción proscrita no se satisface con el sólo uso de medios fraudulentos idóneos, sino con la inducción en error del servidor público, que se traduce en un hecho exterior, objetivado, que dé cuenta de su ocurrencia, sin que éste llegue a confundirse con el elemento previsto en el ingrediente subjetivo del tipo: la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

En consecuencia, no puede estimarse delito de mera conducta una descripción típica que para su completa configuración exige de un acto o efecto concreto, ajeno a la acción u omisión misma.

En este punto, debe aclararse que, algunas veces, el primer acto desplegado por el servidor público, motivado por el engaño perpetrado por el autor - hecho que exterioriza la inducción en error, es decir, la ejecución de la acción punible- puede coincidir con el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo pretendido por el sujeto activo del comportamiento, lo que implica que el delito se consuma y agota en el mismo momento, mas no es una situación que se presente en todos los casos.

Así, entonces, ello ocurre cuando entre el empleo del medio fraudulento y el acto de disposición jurídica del servidor público no media nada distinto que la decisión pretendida por el autor. Por supuesto que la concreción de dicha contingencia se encuentra supeditada a la naturaleza del trámite que concite la atención del autor del delito, sea este de naturaleza judicial o administrativa (ambos en sus diversas tipologías).

Sin embargo, ello no sucede siempre, precisamente porque la efectiva obtención de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, pretendido por el autor, guarda relación con el agotamiento de la conducta, pero no con su consumación, fenómeno que ocurre, se insiste, a partir del momento en que el servidor

público es inducido en error que se manifiesta en un acto objetivo, evidente, inequívoco, con independencia de que se obtenga o no el acto pretendido por el sujeto activo.

Por ello, es viable que el servidor público haya sido efectivamente inducido en error, pero que, por diversas causas, no profiera la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; casos en los que, indudablemente, el delito de fraude procesal se entiende consumado, siempre que ese error haya sido determinante para realizar el servidor un acto de trascendencia funcional distinto al pretendido finalísticamente por el autor.

A título simplemente ejemplificativo, para referir al punto, puede señalarse el caso en el cual se presenta por el sujeto interesado una declaración falsa que referencia un hecho concreto al objeto del proceso, y así lo asume el juez en su estudio, pero del examen conjunto de todos los medios de prueba llega a decisión contraria a la pretendida por el agente activo.

En este punto resulta del todo relevante indicar que el tipo penal de fraude procesal es un comportamiento exclusivamente doloso, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo, que exige que quien realiza la conducta tenga conciencia de que es objetivamente típica, y el volitivo, que comporta querer realizarla, lo cual implica que el sujeto activo debe saber que está empleando un medio fraudulento para inducir en error al servidor público, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley y querer realizar ese comportamiento; aspectos que han de estar acreditados más allá de toda duda razonable.

Sobre esto último, la Sala ha sostenido que la prueba del dolo, como categoría jurídica que califica objetivamente un fenómeno eminentemente interno, difícilmente encuentra acreditación a través de medios de prueba directos, por manera que en no pocas oportunidades debe sustentarse en la valoración de los actos externos a través de los cuales esa voluntad y querer de trasgredir la norma se materializan y que permiten, a la luz de los postulados de la sana crítica, arribar a la certeza racional sobre un asunto que de otra manera permanecería en su fuero íntimo (CSJ SP2011-2018, Rad. 50950; CSJ SP1281-2021, Rad. 56718; CSJ SP1866-2021, Rad. 57979, entre otras).

Ahora bien, como ya quedó visto en acápite anterior, la Corte de manera reiterada ha señalado que el delito de fraude procesal es un tipo penal de ejecución permanente, en la medida

en que se sigue ejecutando durante todo el tiempo que el servidor público se encuentra en error, por lo que la conducta se consuma a partir del último acto de inducción en error, momento a partir del cual empieza a correr el término de la prescripción.

En cuanto a la comprensión del concepto “último acto de inducción en error”, la Sala no ha sido lo suficientemente asertiva y clara, y con ello, ha incurrido en ambivalencias conceptuales que corresponde ahora superar.

Así, aunque en todos sus pronunciamientos la Sala ha señalado que el tipo penal de fraude procesal no exige la obtención del resultado finalístico pretendido por el autor, es decir, el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, contradictoriamente ha vinculado la consumación del delito con ese resultado. En ese contexto, se ha señalado que el último acto de inducción en error coincide con el momento en que cesan los efectos o las consecuencias de la decisión contraria, con la ejecutoria de la decisión ilícita, o aún después, si se requieren actos posteriores a su ejecución, con la inscripción del registro espurio, o más allá, con su cancelación, según corresponda.

Tal interpretación es discutible o debatible por las siguientes razones: (i) confunde la consumación con el agotamiento del delito, como si se trataran del mismo fenómeno, a tal punto que, frente a conductas ya agotadas, se indica que aún se están ejecutando; (ii) no resuelve los casos en donde no se produce el resultado, al margen de su causa, (iii) termina por confundir el tipo penal permanente con los efectos permanentes del delito; y (iv) desdice de su propia tesis de delito de mera conducta, que, por su naturaleza, no reclama resultado, ni mucho menos, los efectos del mismo.

Pues bien, en este punto cobra relevancia indicar que los tipos penales se clasifican, en función de su contenido y, en concreto, sobre su realización o duración, en delitos instantáneos, permanentes o de estado [...]

[...]

Con esta claridad, y conforme la redacción del artículo 453 del Código Penal, debe necesariamente concluirse que el delito de fraude procesal no es un delito permanente sino un tipo penal de estado, pues, aunque crea un estado antijurídico duradero -el período en el que el servidor público permanece en el error, que puede ser indefinido-, la consumación del delito se concreta desde la aparición de éste -el error en el servidor público-, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento,

a tal punto que no castiga mantener en error al servidor público sino inducirlo en error, lo que significa que el delito se consuma en el mismo momento en el que se realiza el verbo del tipo objetivo; por lo que resulta del todo inocuo si el sujeto activo obtiene o no una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, o los efectos que ello pueda producir.

En otras palabras, el tipo penal de fraude procesal no exige para su consumación que desaparezca el estado antijurídico creado -el error en el servidor público-, como si ocurre con los tipos penales de ejecución permanente en los que el estado consumativo (antijurídico) se prolonga en la línea del tiempo, sin que se reiteren los elementos del tipo, tal y como ocurre, por ejemplo, con los delitos de desaparición forzada (artículo 165 del Código Penal), secuestro (artículo 168), desplazamiento forzado (artículo 180), fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 186), concierto para delinquir (artículo 340), entre otros.

En conclusión, en la generalidad de los casos, cuando el sujeto activo realiza una sola conducta mediante la cual induzca en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos idóneos, con la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, el delito de fraude procesal se consuma a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso y lo entienda y valore como veraz; con independencia de si el servidor público emite o no la decisión pretendida, pues, ello hace parte del agotamiento de la conducta, fenómeno que es posterior a la consumación.

FRAUDE PROCESAL - Delito continuado / **DELITO CONTINUADO** - Diferencia con el delito de ejecución permanente / **DELITO CONTINUADO** - Configuración: requiere dolo unitario, global o de conjunto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: límite óptico, agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: diferencias entre consumación y agotamiento / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **FRAUDE PROCESAL** - Puede concursar con falsedad, falso testimonio o estafa / **UNIDAD DE ACCIÓN** -

Concepto / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Delito de ejecución instantánea: cometido a través de varios actos, unidad de acción, explicación / **DELITO CONTINUADO** - Cuando es la ejecución de varios delitos de ejecución instantánea / **PRESCRIPCIÓN** - Delito continuado / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: consumación, a partir del último acto que indujo en error

En esos eventos, es decir, cuando al interior de una actuación judicial o administrativa el servidor público es inducido varias veces en error -pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión- y se determine que esos actos plurales se encuentran atados a un único designio criminal -dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención- identificable por la finalidad -finalidad única- a tal punto que se pueda concluir que esa pluralidad de acciones u omisiones componen una unidad de acción final, se está en presencia de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado, tal y como se explicará a continuación.

[...]

Ahora bien, la diferencia entre el delito de ejecución permanente y el delito continuado, radica en que en el primero se mantiene el estado consumativo sin que, se insiste, se repitan todos los elementos típicamente requeridos, como sucede en el delito continuado.

Dicho esto, no cabe duda, como lo ha señalado la Sala, que el proceso se configura mediante un conjunto de plurales actuaciones sucesivas organizadas lógicamente, orientadas a que un funcionario resuelva una controversia o tome una determinada decisión, por lo que es perfectamente posible que en curso de una actuación judicial o administrativa, el sujeto activo induzca en repetidas ocasiones al servidor público, con la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

En esos eventos, cada vez que, mediante la utilización de cualquier medio fraudulento, el servidor público sea inducido en error, hecho que se concreta con la exteriorización de un acto desplegado por el funcionario, que se relacione de manera concreta con el medio inductor y manifieste allí su concepción y lo entienda y valore como veraz, se actualiza el tipo penal de fraude procesal; sin embargo, si esa pluralidad de actos típicos se encuentran ligados

fenomenológica y jurídicamente por un dolo global o conjunto y, además, una finalidad única, que para el caso se relaciona con la intención de que el servidor público emita una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, entonces deberá concluirse que se trata de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado.

Sobre esto último, resulta del todo trascendente indicar que el límite óntico del delito continuado es, como resulta natural, el agotamiento de la conducta, de modo que cuando el tipo penal se agota con la obtención de la finalidad pretendida por el sujeto activo, que para el caso del delito de fraude procesal lo es cuando el servidor público profiere la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el autor, los actos posteriores deberán analizarse de manera autónoma.

[...]

[...] no puede afirmarse, sin contrariar la dogmática y la lógica jurídica, que un delito ya agotado -fenómeno que ocurre, en el caso del fraude procesal, cuando se emite la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo- se siga cometiendo, para concluir, como lo ha venido haciendo la Sala, que el fraude procesal se consuma, en esos casos, con la ejecutoria de la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley; o con la realización de los actos posteriores requeridos para su ejecución; o hasta cuando cesan los efectos del último acto que induce en error al funcionario judicial; o con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente.

Cada uno de estos eventos son posteriores al agotamiento de la conducta, por lo que la consumación del delito de fraude procesal no se puede extender a ellos, pues, como resulta natural, este último fenómeno -la consumación- es anterior al primero -el agotamiento-.

Por lo tanto, si después de agotado el delito de fraude procesal, el sujeto activo realiza otras conductas relevantes para el derecho penal, sea que éstas afecten o no el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia u otro diverso, está claro que esos nuevos hechos o comportamientos posteriores deben entenderse completamente ajenos al delito unitario o continuado de fraude procesal -dependiendo del caso- por el cual se adelantó la investigación. Por consecuencia de ello, han de ser los funcionarios competentes quienes deberán, con base en la naturaleza y efectos de esas actuaciones, determinar su naturaleza típica y la posibilidad o no de adelantar una pretensión penal.

Así, la Corte no desconoce que una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, que se ha emitido como consecuencia de un error en el que dolosamente fue inducido el servidor público que la profirió, puede generar efectos jurídicos y materiales adversos para un tercero, piénsese, por ejemplo, en un ciudadano que, en virtud del acto ilícito, es despojado jurídicamente de un bien inmueble o de un vehículo de su propiedad; sin embargo, debe insistirse, lo que el tipo penal de fraude procesal no protege el derecho del ciudadano perjudicado en su patrimonio con la decisión del funcionario judicial o administrativo, sino la eficaz y recta impartición de justicia, que se relaciona con el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir, decidir y reconocer el derecho de manera recta y eficaz, sin ningún tipo de intromisión o intrusión (menos aún de carácter fraudulenta y dolosa), así como la correlativa confianza que tiene la sociedad de que así, precisamente, ocurrirá.

Entonces, en aquellos eventos en los que se obtenga una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, y con ello se produzca un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, podría verificarse el fenómeno del concurso real o efectivo de tipos (heterogéneo y sucesivo con estafa), dado que, aunque existan medios fraudulentos comunes en la realización de los dos comportamientos, éstos son materialmente separables y afectan diferentes bienes jurídicos; situación que ha sido reconocida en muchas ocasiones por nuestra jurisprudencia (CSJ SP, 22 agost. 1989, CSJ SP, 14 agost. 2012, rad. 38822).

La solución que ahora se plantea no es novedosa, la Corte en reiteradas oportunidades ha considerado que es perfectamente viable que se presente un delito continuado; es el caso, por ejemplo, del prevaricato por acción, cuando en el curso de un proceso judicial, el funcionario emite varias decisiones que, aunque individualmente consideradas son típicas del referido comportamiento, se encuentran atadas a un mismo dolo y finalidad, que, coincide con la intención del funcionario de emitir una providencia manifiestamente contraria a la ley.

Así, por ejemplo, en la decisión CSJ SP467-2020, Rad. 55368, la Corte después de concluir que la procesada en su condición de Juez Segunda Civil del Circuito de Buga, al interior de proceso de expropiación judicial emitió varias decisiones manifiestamente contrarias a la ley -en un plano objetivo y subjetivo-, concluyó que todas corresponden a una sola acción y comparten una misma finalidad, esto es, aprobar el máximo valor

del avalúo sobre el bien inmueble a expropiar, con el fin de obtener un mayor beneficio sobre su precio, lo que da lugar a estructurar el prevaricato por acción como delito continuado.

[...]

Lo mismo ocurrió en la decisión, CSJ SP641-2021, Rad. 49197, oportunidad en la que se consideró que los autos del 13 de junio y 14 de julio de 2008 -que no repuso el anterior-, mediante los cuales el procesado en su condición de Juez Civil del Circuito, se abstuvo de admitir una demanda y de acumularla a un proceso ejecutivo que él mismo tramitaba, configuraba una única conducta de prevaricato por acción en la modalidad de delito continuado, en tanto que (i) ambas decisiones realizaban el mismo tipo penal; (ii) se caracterizaban por su homogeneidad, dado que el juez conculcó el mismo precepto, incurrió en el mismo yerro y justificó su posición bajo similares argumentos; (iii) correspondían a una misma finalidad; y, (iv) guardaban una relación de dependencia no solo por la materia de que tratan sino además porque la existencia misma del auto del 14 de julio de 2008 -auto por medio del cual se resolvió el recurso de reposición-, depende necesariamente del primero .

Por último, debe indicarse que el delito continuado se entiende consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción, o, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado la Sala, a partir del último acto, fecha a partir de la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción (CSJ SP, 18 jun. 2008, Rad. 28562; CSJ AP2834-2014, Rad. 43803); en consecuencia, el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado se entenderá consumado a partir del último acto que efectivamente indujo en error.

FRAUDE PROCESAL - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito autónomo / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos que lo estructuran / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto activo, monosubjetivo e indeterminado / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de resultado / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto pasivo determinado, servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, hace parte del agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: objeto material / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio

fraudulento / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento, idoneidad / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento, no se configura si no se logra engañar al servidor público, atipicidad de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Dolo / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de estado / **DELITO CONTINUADO** - Configuración: requiere dolo unitario, global o de conjunto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: límite óptico agotamiento de la conducta / **DELITO CONTINUADO** - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **DELITO CONTINUADO** - Consumación / **FRAUDE PROCESAL** - Puede concursar con falsedad, falso testimonio o estafa / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: pluralidad de acciones u omisiones que componen una unidad de acción final

En nuestro país el legislador optó por tipificar como tipo penal autónomo la conducta consistente en inducir en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley, resultando ajeno a la descripción típica si el sujeto activo obtiene o no el acto contrario a la ley o los efectos patrimoniales que ello pueda generar, pues, el bien jurídico tutelado es la eficaz y recta impartición de justicia, que se relaciona con el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir, decidir y reconocer el derecho de manera recta y eficaz, sin ningún tipo de intromisión o intrusión (menos aún de carácter fraudulenta y dolosa), así como la correlativa confianza que tiene la sociedad de que así, precisamente, ocurrirá.

La Sala, a lo largo del tiempo, ha caracterizado el delito de fraude procesal mediante una serie de precisiones que, desde el punto de vista jurídico, incluso ontológico (fenomenológico), no son claras y que algunas veces han entrado en tensión conceptual, al resultar contradictorias, por lo que es necesario realizar un reexamen del tipo penal referido, con el propósito específico de aclarar su jurisprudencia.

El análisis de la descripción típica revela que el fraude procesal es un tipo penal monosubjetivo - describe la conducta realizada por un sujeto-; común -dado que no exige ninguna condición especial del autor para ejecutar la conducta-; de resultado, dado que la realización del tipo no coincide con el último acto de la acción, sino que exige un efecto concreto respecto del objeto; el objeto de la acción es el servidor público con capacidad funcional de emitir una sentencia, resolución o acto administrativo; y contiene un elemento subjetivo especial, que no es otro que el propósito de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

El empleo de cualquier medio fraudulento corresponde a la modalidad a través de la cual se ejecuta la acción -inducir en error-, por lo tanto, el medio fraudulento debe ser idóneo para producir la inducción en error del servidor público, no solo en razón de su potencialidad intrínseca, sino en atención a las calidades específicas del funcionario.

Del texto legal del artículo 453 del Código Penal colombiano, se extrae que la acción jurídicamente desaprobada consiste en inducir en error al servidor público, del tal modo que la conducta se consuma cuando este último es afectado en su capacidad de comprensión del asunto, por un elemento extraño y engañoso.

La acción del tipo objetivo -inducir en error- se concreta en un resultado específico y necesario, cuando los medios fraudulentos idóneos empleados por el autor, producen en la mente del servidor público un concepto que no corresponde a la realidad, error que debe tener un soporte real, a partir del cual se pueda objetivar su existencia.

El autor debe provocar o causar el error en el servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos idóneos, de modo que, si no se logra engañar al servidor público, la conducta será atípica o tentada, dependiendo del caso (la idoneidad del medio o la intervención de un agente externo que impida ese efecto).

El tipo penal de fraude procesal es un comportamiento esencialmente doloso, lo cual implica que el sujeto activo debe saber que está empleando un medio fraudulento para inducir en error al servidor público, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley y querer realizar ese comportamiento; aspectos que deben estar acreditados más allá de toda duda razonable.

El delito de fraude procesal se entiende consumado a partir de la exteriorización del primer acto desplegado por el servidor público, que haya surgido del elemento engañoso que le

ha sido presentado de manera concreta y que, por lo mismo, ha tenido la idoneidad de inducirlo en error; lo que es equivalente a la objetivación del mismo, pues en ese momento se ejecuta la acción punible, dentro del plano de su efecto jurídico dañoso. Es decir, el delito de fraude procesal se consuma a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso y lo entienda y valore como veraz.

En ocasiones, el primer acto desplegado por el servidor público, motivado por el engaño perpetrado por el autor -hecho que exterioriza la inducción en error, es decir, la ejecución de la acción punible- puede coincidir con la emisión de la sentencia, resolución o acto administrativo pretendido por el sujeto activo del comportamiento, lo que implica que el delito se consuma y agota en el mismo momento. Lo importante es advertir que tal mecanismo engañoso cumplió sus efectos en la siquis del servidor público, al punto que éste la exteriorizó en la realización de su actividad funcional.

En otros casos, el delito se consuma a partir de la exteriorización del primer acto desplegado por el servidor público, motivado por el error y referido en concreto al elemento que lo produce, así no haya proferido la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo del comportamiento, pues, ello guarda relación con el agotamiento de la conducta, pero no con su consumación.

La Sala en todos sus pronunciamientos ha señalado que el tipo penal de fraude procesal no exige la obtención del resultado finalístico pretendido por el autor, sin embargo, paradójicamente ha vinculado la consumación del delito con ese resultado, lo que resulta problemático porque: (i) confunde la consumación con el agotamiento del delito; (ii) no resuelve los casos en donde no se produce el resultado, por distintas causas, (iii) termina por confundir el tipo penal permanente con los efectos permanentes del delito; y (iv) desdice de su propia manifestación referida a que el punible opera de mera conducta.

El delito de fraude procesal, conforme la redacción del artículo 453 del Código Penal, no es un delito permanente sino un tipo penal de estado, pues, aunque crea un estado antijurídico duradero -el período en el que el servidor público permanece en el error, que puede ser indefinido-, la consumación del delito se concreta desde la aparición de éste -el error en el servidor público-, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

Cuando al interior de una actuación judicial o administrativa el servidor público es inducido varias veces en error, y se determine que esos actos plurales se encuentran atados a un único designio criminal identificable por la finalidad, que para el caso se relaciona con la intención de que el servidor público emita una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, a tal punto que se pueda concluir que esa pluralidad de acciones u omisiones componen una unidad de acción final, se está en presencia de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado.

El límite óntico del delito continuado es el agotamiento de la conducta, de modo que cuando el tipo penal se agota con la obtención de la finalidad pretendida por el sujeto activo, que para el caso del delito de fraude procesal lo es cuando el servidor público profiere la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el autor, los actos posteriores deberán analizarse de manera autónoma.

Resulta desacertado concluir que un delito ya agotado -fenómeno que ocurre, en el caso del fraude procesal, cuando se emite la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo- se sigue cometiendo, para concluir, como lo ha venido haciendo la Sala erradamente, que el fraude procesal se entiende consumado con la ejecutoria de la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley; o con la realización de los actos posteriores requeridos para su ejecución; o hasta cuando cesan los efectos del último acto que induce en error al funcionario judicial; o con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente.

Si después de agotado el delito de fraude procesal, el sujeto activo nuevamente induce en error al servidor público, mediante la utilización de cualquier medio fraudulento, con la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se estará en presencia de un nuevo delito de fraude procesal.

El delito continuado se entiende consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción, o, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado la Sala, a partir del último acto que efectivamente indujo en error, fecha a partir de la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción.

No cabe duda que una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, que se ha emitido como consecuencia de un error en el que dolosamente fue inducido el servidor público que la profirió, puede generar efectos jurídicos y

materiales adversos para un tercero; sin embargo, lo que el tipo penal de fraude procesal protege no es el derecho del ciudadano perjudicado en su patrimonio con la decisión del funcionario judicial o administrativo, sino la eficaz y recta impartición de justicia.

En aquellos eventos en los que se obtenga una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, y con ello se produzca un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, podría actualizarse el fenómeno del concurso real de tipos, dado que, aunque existan medios fraudulentos comunes en la realización de los dos comportamientos, éstos son materialmente separables y afectan diferentes bienes jurídicos.

FRAUDE PROCESAL - Demostración / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: demostración / **UNIDAD DE ACCIÓN** - Se configura / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: consumación, a partir del último acto que indujo en error / **FRAUDE PROCESAL** - Prescripción / **PRESCRIPCIÓN** - Término a tener en cuenta / **PRESCRIPCIÓN** - Delito continuado / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: pluralidad de acciones u omisiones que componen una unidad de acción final / **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** - Declaración independientemente de la decisión respecto a la responsabilidad penal, procedencia

Dentro del presente asunto se acreditó que JOG adquirió el vehículo de servicio público tipo taxi de placas [...] (anteriormente [...]), por lo que, desde el 9 de febrero de 1993, era su propietario.

[...]

Es decir, mientras que el procesado negociaba el cupo del servicio público de transporte del vehículo de placas [...], a sabiendas que el referido rodante estaba siendo poseído por otra persona; la empresa AUS.A. le vendió al señor JRSG el vehículo de placas [...] tipo taxi, por lo que, para cumplir el contrato, le compró a FECH el cupo de servicio público del vehículo de placas [...], rodante que incluso para esas fechas, se encontraba inscrito a nombre del procesado.

Por lo tanto, comoquiera que el vehículo de placas [...] era el que detentaba el cupo de servicio público, y siendo que dicho rodante estaba siendo poseído por OLF -hecho conocido por el procesado-, el 26 de marzo de 2003, JOG solicitó a Servicios Especializados de Tránsito y Transporte -SETT- la cancelación de la matrícula

y de la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], alegando falsamente que el rodante había sido destruido, pese a que conocía que el rodante estaba siendo poseído y usado por otra persona, para lo cual aportó una declaración jurada que rindió ante la Notaría 49 del Círculo de Bogotá, de la misma fecha, en la que indicó que el vehículo era de su propiedad, que fue destruido y convertido en chatarra y que su deseo era adelantar el trámite para la cancelación de la matrícula y de la tarjeta de propiedad ; y una denuncia que instauró el 28 de ese mismo mes, de la pérdida de la tarjeta de propiedad, tarjeta de operación y placas blancas del referido automotor.

Lo anterior, con la finalidad de que el servidor público emitiera un acto administrativo mediante el cual cancelara la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], para que de esta manera se liberara el cupo de servicio público que detentaba el referido vehículo y consecuentemente, procediera a asignar, en reposición, el cupo de servicio público al vehículo de placas [...] de propiedad de JRSG, dado que, como se vio, el procesado lo había vendido.

Fue así que, como consecuencia del error en el que fue inducido el funcionario de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, el Coordinador Área de Operación el 7 de abril de 2003 mediante oficios [...] y CTO N° [...] , comunicó que a partir de esa fecha se canceló la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...] -primer acto que realizó el servidor público, motivado por el error en el que fue inducido por el procesado-.

Seguidamente, el procesado el 12 de abril de 2003 , nuevamente acudió a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y solicitó la reposición del vehículo de placas [...], pese a que, se insiste, conocía que dicho rodante estaba siendo poseído por AJBR, por lo que el Coordinador Área de Operación de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá el 24 de abril de 2003, aprobó el trámite de matrícula del vehículo de placas [...], a nombre de JRSG, en reposición del rodante de placas [...] -segundo acto que realizó el servidor público, motivado por el error en el que fue inducido por el procesado.

Dicho esto, si se analizan de manera individual cada una de las conductas desplegadas por el procesado, debe necesariamente concluirse que ambas realizan el tipo penal de fraude procesal.

En efecto, en el primer evento, el implicado mediante la utilización de documentos espurios, indujo en error al servidor público, quien, en el mismo momento en que asumió como veraz la

información contenida en ellos, según los cuáles, el vehículo de placas [...] había sido destruido y convertido en chatarra, procedió a emitir un acto administrativo contrario a la ley.

En el segundo caso, el implicado nuevamente indujo en error al Coordinador Área de Operación de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y solicitó la reposición del vehículo de placas [...], pese a que sabía que dicho rodante no había sido destruido y estaba siendo poseído por otra persona, quien, en el mismo momento en que asumió como veraz la información suministrada por el procesado, procedió a emitir un acto administrativo contrario a la ley.

Sin embargo, no cabe duda que ambas conductas se encuentran atadas a un único designio criminal identificable por la finalidad, que para el caso se relaciona con la intención del procesado de que el servidor público emitiera un acto administrativo mediante el cual cancelara la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], para que de esta manera se liberara el cupo de servicio público que detentaba el referido vehículo y consecuentemente, procediera a asignar, en reposición, el cupo de servicio público al vehículo de placas [...].

De tal modo que, esa pluralidad de acciones y omisiones componen una unidad de acción final, por lo que en este asunto se está en presencia de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado, el cual, como se dijo en el acápite anterior, se entiende consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción, o, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado la Sala, a partir del último acto que efectivamente indujo en error, fecha a partir de la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción.

Con esa claridad, se tiene que en este asunto el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado se consumó el 24 de abril de 2003, fecha en la que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá exteriorizó el último acto que realizó el servidor público, motivado por el error en el que fue inducido por el procesado, que consistió, precisamente, en aprobar el trámite de matrícula del vehículo de placas [...], a nombre de JRSG, en reposición del rodante de placas [...]; es decir, en este asunto el delito se agotó en el mismo momento en que se consumó, esto es, con la obtención del acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo.

Ahora bien, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, mediante auto [...] del 2 de enero de 2006 , resolvió revocar los oficios CL N°

[...] y CTO N° [...] de fecha 7 de abril de 2003, mediante los cuales se ordenó la cancelación de la licencia de tránsito y de la tarjeta de propiedad del vehículo de placas [...], en consecuencia, se restableció el cupo de servicio público al referido rodante y se canceló la matrícula y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], como consecuencia de la orden de restablecimiento del derecho emitida por la Fiscalía el 3 de agosto de 2005.

Y, posteriormente, la Secretaría Distrito de Movilidad mediante Auto del 14726 del 2018 del 1 de marzo de 2018, en cumplimiento de una contraorden emitida por la Fiscalía mediante resolución del 31 de mayo de 2016, resolvió:

“Artículo segundo: ADELANTAR las actuaciones administrativas tendientes a inhabilitar y/o eliminar el registro del vehículo de placa VEI262.

Artículo tercero: REGISTRAR en el vehículo de placa [...] trámites de cancelación de matrícula y de tarjeta de operación, mediante certificados CL [...] y CTO [...] del 07 de abril de 2003, a favor de JOG...

Artículo cuarto: [...] el vehículo de placa [...] como ingreso en reposición del vehículo de placas [...]”.

Sin embargo, tales decisiones no solo son posteriores al agotamiento de la conducta, sino que guardan relación con una medida de restablecimiento del derecho, en virtud del artículo 21 de la Ley 600 de 2000, que le impone al Estado el deber de adoptar los mecanismos necesarios para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior, cuando ello es posible, y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, con independencia de la responsabilidad penal, aspecto que no guarda relación con la consumación del delito.

Es este el equívoco en que incurre la representación del Ministerio Público en su alegación, pues, confunde la consumación del delito con el restablecimiento particular de los derechos de los afectados.

PRESCRIPCIÓN - Fraude procesal: delito continuado

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 ibidem, “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad”.

Como ya quedo visto, el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado se consumó el 24 de abril de 2003, sin embargo, para efectos de determinar el máximo de la pena a fin de

contabilizar el término de la prescripción, se deberá atender el delito de fraude procesal como conducta única, en virtud del principio de no reformatio in pejus.

Así, para esa época, el artículo 453 del Código Penal contempla una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión. Por lo tanto, como los hechos se consumaron el 24 de abril de 2003, la Fiscalía contaba con 8 años, a partir de esa fecha, para proferir la resolución de acusación debidamente ejecutoriada; empero, esta solo adquirió firmeza el 24 de abril de 2018, fecha en la cual la acción penal se encontraba prescrita, fenómeno que se materializó a partir del 25 de abril de 2011.

En todo caso, si se pudiera aumentar la pena máxima en una tercera parte por el delito continuado -que correspondería a 10 años y 7 meses- la acción penal estaría prescrita, pues, si el delito se consumó el 24 de abril de 2003 dicho delito terminó fenecía el 24 de noviembre de 2013, y la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 24 de abril de 2018.

Tal conclusión conduce, como lo ha definido la Sala, a decretar la nulidad de lo actuado, por haber decaído la competencia del Estado para investigar y juzgar la conducta, en este caso, a partir del 25 de abril de 2011, y disponer la cesación del procedimiento.

Con relación a la acción civil derivada de la conducta punible, habida cuenta que la misma fue ejercida al interior de este proceso, también se declarará su extinción por haber operado el fenómeno de la prescripción, al tenor del artículo 98 de la Ley 599 de 2000.

El juez de primera instancia procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por el inculcado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como, a levantar las medidas cautelares que hayan sido impuestas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a los funcionarios judiciales

Acorde con lo anotado, debe insistirse en que por el hecho de que acaezca el fenómeno prescriptivo frente a la acción penal del delito de fraude procesal, ello no puede ni debe entenderse sin más consideración como una situación que deje en estado de indefensión a la víctima o perjudicado con el delito, pues, el ordenamiento jurídico colombiano establece una serie de acciones y mecanismos que tienen por objeto restablecer sus derechos, con independencia el trámite y resultado del proceso penal.

Así las cosas, sea esta la oportunidad para llamar la atención de los funcionarios judiciales a fin de que realicen un efectivo uso y aplicación de estos mecanismos, de manera celeré y oportuna, de

modo que se hagan cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, con el propósito de que se restablezcan los derechos quebrantados.

Inicio

10. JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: ratificación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: variación, inaplicabilidad / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente: prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: último acto de inducción en error, presupuestos

La Corte Suprema de Justicia procedió a resolver la admisión o no del recurso de casación promovido por el defensor de J.C.V.G. contra la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 34 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó como coautor de los delitos de fraude procesal y cohecho por dar u ofrecer, y determinador de falsedad ideológica en documento público.

La Sala inadmitió la demanda de casación, y, declaró que la acción penal derivada del delito de fraude procesal no se encontraba prescrita, al considerar que, el delito de fraude procesal comienza cuando el servidor público es inducido en error y se prolonga su consumación durante el tiempo que se mantenga, con independencia de si se consigue o no la pretendida sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, e inclusive luego, si son necesarios actos ulteriores para su ejecución.

Así mismo, se señaló que este delito es de conducta permanente pues la lesión al bien jurídico protegido perdura por todo el tiempo en que el servidor público permanezca en error, de modo que se sigue ejecutando hasta el último acto de inducción en error, momento en el cual empieza a correr el término de la prescripción.

AP1053-2023(62524) de 19/04/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Aclaración de voto:

Myriam Ávila Roldán

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 19 de marzo de 2010 J.C.V. solicitó al G.L.T.E.D.M.A.L. (Radicado [...]), le fuera otorgada licencia de piloto comercial de aviones PAC, por convalidación de estudios en el extranjero, de acuerdo con el ordinal 2.1.16.5 del Reglamento Aeronáutico de Colombia (RAC).
2. Para tal efecto allegó los formatos [...] de reporte de chequeo de vuelo para piloto de aviones del 11 de marzo del 2010, en el cual se expresa que voló la aeronave [...], matrícula [...], perteneciente al C.E.A.P. de Barranquilla. También, el formato [...] de reporte de chequeo de vuelo para piloto y aviones del 12 de marzo del 2010, que da cuenta de su realización en la Aeronave [...], matrícula [...] del referido centro. Ambos documentos fueron firmados por el Inspector J.R.L.M., ya condenado por la falsedad de tales instrumentos.
3. Con base en aquellos soportes documentales se emitió la sábana de estudio de registro de vuelo y de bitácora, expidiéndose al procesado la licencia [...] el mismo día, esto es, el 19 de marzo del 2010, cuando habitualmente el trámite duraba 45 días.
4. Para conseguir la licencia solicitada, V.G. consignó el 19 y 20 de marzo de 2010, en Medellín, a la cuenta personal de ahorros (No. [...] del Banco [...]) del Capitán A.J.C.M. (Jefe de Licencias de la Aeronáutica Civil de Colombia) la suma de \$2'200.000, obteniendo de forma inmediata su expedición.
5. Sin embargo, tiempo después se estableció que aquellos documentos eran falsos y así fue comunicado por A.L., Subgerente del Centro

de Entrenamiento Aeronáutico Protécnica, motivo por el cual, el 6 de noviembre de 2012, mediante auto de la Dirección de Medicina de Aviación de la Secretaría de Seguridad Aérea de la Aeronáutica Civil se dispuso la suspensión de aquella licencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: ratificación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: variación, inaplicabilidad / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente: prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: último acto de inducción en error, presupuestos

Con la finalidad de revisar los términos de prescripción de la acción penal de la conducta de fraude procesal, es necesario recordar que mediante fallo de la Sala del 8 de marzo de 2023 en el caso de casación 58706, por mayoría de 5 votos (2 de conjueces) contra 4 votos, se declaró en el caso allí examinado la extinción de la acción por prescripción, a partir de una interpretación relacionada con el momento consumativo del delito que no corresponde a la que ha sido pacífica de la Corte y que es la sostenida actualmente por la Mayoría de la Sala de Casación Penal.

Esa sentencia, entonces, a través de la cual como es obvio se decidió el caso concreto con fundamento en la postura jurídica novedosa, no constituye un cambio de jurisprudencia porque el criterio de la Sala mayoritaria de los miembros permanentes de la Corte no está allí reflejado. La Sala Mayoritaria mantiene el criterio jurisprudencial que por más de 30 años ha regido sobre el tema.

La Corte en lo fundamental ha dicho, y se reitera, que si bien respecto del delito de fraude procesal no se exige el resultado (la providencia judicial

pretendida), “sólo debe considerarse consumado, cuando el autor en desarrollo de su actividad fraudulenta y dolosa, induzca en error al funcionario y perdura mientras subsista el error, porque la vulneración del interés jurídico protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial. De ahí que, para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia”.

En sentido similar ha expuesto la Corte que la consumación del fraude procesal puede ocurrir en “en el momento histórico preciso en que se induce en error al empleado oficial, si con ese error se genera más o menos de manera inmediata la actuación contraria a la ley. Pero si el error en que se indujo al funcionario, se mantiene durante el tiempo necesario para producir la decisión final contraria a la ley cuya finalidad se persigue, y aún con posterioridad a ésta, si requiere de pasos finales para su cumplimiento, durante todo ese lapso se incurre en la realización del tipo y la violación al bien jurídico tutelado, pues durante ese tiempo se mantiene el fraude a la administración de justicia.

“Por ello, para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cesa la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia. Lo anterior, porque aunque el funcionario puede permanecer indefinidamente en error, al estar convencido que la decisión que tomó era la jurídicamente viable y la más justa de acuerdo con la realidad a él presentada, para todos los efectos jurídicos sean sustanciales o procesales, debe haber un límite a ese error, y este límite no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución o acto administrativo contrario a la ley, cuya expedición se buscaba, si allí termina la actuación del funcionario, o con los actos necesarios posteriores para la ejecución de aquélla, pues de lo contrario, la acción penal se tornaría en imprescriptible, lo cual riñe con el mandato constitucional al respecto”.

En suma, según la jurisprudencia pacífica de la Corte vigente, el delito de fraude procesal comienza cuando el servidor público es inducido en error y se prolonga su consumación durante el tiempo que se mantenga, con independencia de si se consigue o no la pretendida sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, e inclusive luego, si son necesarios actos ulteriores para su ejecución.

El delito de fraude procesal es de conducta permanente pues la lesión al bien jurídico protegido perdura por todo el tiempo en que el servidor público permanezca en error, de modo que se sigue ejecutando hasta el último acto de inducción en error, momento en el cual empieza a correr el término de la prescripción.

Ese último acto de inducción en error ha sido entendido: (a) No cuando el servidor público dictó el acto contrario a la ley -cuando alcanza a materializarse—, sino hasta cuando el fraude deja de producir consecuencias y cesa la lesión al bien jurídico de la administración de justicia. (b) Con la ejecutoria del cierre de investigación (Ley 600 de 2000) -o la formulación de imputación (Ley 906 de 2004)— cuando la inducción en error del servidor público se prolonga incluso durante el curso del proceso penal. (c) Durante todo el tiempo en que la autoridad se mantenga en el error y aun después si se requiere de actos de ejecución. (d) En caso de registros obtenidos fraudulentamente con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente. (e) En actuaciones judiciales, con la ejecutoria del auto o sentencia, salvo que sean necesarios actos posteriores para su ejecución.

FRAUDE PROCESAL - Prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **PRESCRIPCIÓN** - Interrupción del término / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia / **PRESCRIPCIÓN** - No se configura

En el presente caso, si el 19 de marzo de 2010 JCV solicitó con base en documentos falsos

licencia de piloto comercial de aviones PAC por convalidación de estudios en el extranjero, la cual fue expedida el mismo día, es claro que el acto inductor en error, la efectiva inducción (comienzo del delito permanente) y la materialización del ingrediente subjetivo, esto es, la expedición del acto administrativo ilegal, ocurrieron en igual fecha, sin que entonces culminara el fraude procesal.

En efecto, como el 6 de noviembre de 2012, al establecerse que los soportes aducidos para conseguir la expedición de la licencia eran falsos, mediante auto de la Dirección de Medicina de Aviación de la Secretaría de Seguridad Aérea de la Aeronáutica Civil se dispuso la suspensión de la licencia de piloto comercial expedida a JCV, encuentra la Sala que fue ese día cuando culminó el fraude procesal, entendido, como ya se dijo, como atentado efectivo al bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, y es entonces esa la fecha del último acto a partir del cual comienza a contabilizarse el término de prescripción de la acción.

De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad”. Si según el artículo 453 del mismo ordenamiento la pena máxima para el delito de fraude procesal es de 12 años de prisión, en tal lapso prescribiría la acción penal, el cual se cumpliría el 6 de noviembre de 2024.

Según el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, una vez interrumpido el término prescriptivo con la formulación de imputación se contabiliza por la mitad, esto es, por 6 años. Si dicha diligencia ocurrió el 30 de enero de 2018, el mencionado término se cumpliría el 30 de enero de 2024.

Como el artículo 189 del estatuto procesal penal dispone la suspensión del término prescriptivo de la acción penal por 5 años al dictarse la sentencia de segunda instancia, si en este asunto fue proferida el 22 de julio de 2022, tal tiempo se vencería el 22 de julio de 2027.

En suma, la acción penal derivada del delito de fraude procesal no se encuentra prescrita.

- 11. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL** - Integración: conforme a las reglas establecidas en el Acuerdo N.º PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 / **NULIDAD** - Debido proceso: no se configura, cuando el juez colegiado adopta su decisión por mayoría / **JUEZ COLEGIADO** - Debate de proyectos de sentencia: a través del sistema de rotación / **NULIDAD** - No se configura: cuando los proyectos de sentencia son debatidos por los integrantes de la Sala a través del sistema de rotación / **PECULADO POR USO** - Demostración / **CÓMPLICE** - Demostración / **PECULADO POR USO** - Cómplice / **INTERVINIENTE** - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: permite juzgar bajo la misma cuerda a quien, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las ostenta / **COMPLICIDAD** - Elementos: acuerdo previo o concomitante, se configura / **PECULADO POR USO** - Diferente al encubrimiento por favorecimiento / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Elementos: sujeto activo indeterminado / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Delito de conducta alternativa / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Elementos: verbos rectores / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Tipo penal en blanco / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Configuración: el verbo rector debe recaer sobre un contenido probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Elementos materiales probatorios y evidencia física: cámaras de vigilancia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Elementos materiales probatorios y evidencia física: cámaras de vigilancia, concepto / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - No se configura: cuando la conducta consiste en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad para evitar que registre el evento delictivo

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación especial interpuesta por el defensor de D.F.C.O., contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, por

medio de la cual revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, y en su lugar, declaró la responsabilidad penal por los delitos de peculado por uso en calidad de cómplice y de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio en condición de autor.

En esta oportunidad la Sala confirmó parcialmente el fallo de segunda instancia, en cuanto condenó al procesado D.F.C.O. como cómplice del punible de peculado por uso, sin embargo, revocó la condena dictada por el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, y en su lugar, lo absolvió por dicho ilícito, tal como lo hizo la primera instancia.

Para ello, en primer lugar, se pronunció frente a la solicitud de nulidad propuesta, en la cual se precisó que la decisión de segunda instancia no vulnera el debido proceso, toda vez que la sentencia fue proferida por unanimidad de la Sala, que en su momento era conformada por dos magistrados.

En segundo lugar, se señaló que, una forma válida y legítima de discusión de proyectos de decisión, se da a través del sistema de rotación entre sus integrantes, en el cual se comparte el proyecto y se firma únicamente si se comparten sus argumentos y sentido de la decisión, no obstante, en caso contrario, se hacen las observaciones pertinentes para su estudio por parte del magistrado ponente y posterior debate definitivo.

En tercer lugar, se analizó lo concerniente al tema del delito de peculado por uso y la figura de cómplice, para determinar que no existió error alguno en la atribución del grado de participación atribuido al procesado, toda vez que, en los delitos de sujeto activo cualificado, el determinador y el cómplice no requieren reunir las calidades calificantes del autor, toda vez que no ejecutan de manera directa la conducta punible.

Así mismo, en lo relacionado al delito de peculado por uso se consideró que el delito se configuraba, en el entendido que el procesado utilizó las instalaciones del aeropuerto para fines totalmente distintos a los que estaban destinados, sin que sea necesario para su estructuración que se presente menoscabo material de los bienes.

Por último, en lo que respecta al delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio se desarrolló los elementos del delito en mención y se consideró que debe ser aplicado a luz del artículo 275 de la

ley 906 de 2004, por lo cual, la conducta consistente en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad del aeropuerto para evitar que registraran el evento delictivo, no constituye el delito acusado, toda vez que dicha acción no recayó sobre un elemento material probatorio.

SP083-2023(59636) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Entre la noche del 3 y la madrugada del 4 de abril de 2014, el administrador del Aeropuerto Nacional Perales [en adelante, el aeropuerto], ubicado en la ciudad de Ibagué, de propiedad de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil [Aerocivil], permitió el ingreso a sus instalaciones de 51 vehículos y 2 motocicletas particulares, los cuales participaron en carreras automovilísticas denominadas «piques», actividad en la que indebidamente utilizaron como pista la plataforma aérea en uso y la que para ese momento se construía.
2. De la realización de esa competición tenía conocimiento previo **D. F. C. O.**, guarda de seguridad vinculado a una empresa de vigilancia privada que para ese turno nocturno prestó sus servicios en el aeropuerto, quien contribuyó a su ejecución facilitando el ingreso de los vehículos y de sus conductores, además de informar a sus compañeros de labores que se trataba de un evento autorizado y que, por tanto, las personas que acudieron tenían habilitado el acceso.
3. **D. F. C. O.** estaba encargado de las cámaras de vigilancia y seguridad del aeropuerto en aquella noche y madrugada. Para evitar la grabación de la indebida actividad a realizar, manipuló 6 dispositivos de video tipo domo y fijos y generó que los mismos no filmaran a las personas y vehículos que ingresaron, toda vez que enfocó puntos muertos, zonas oscuras o distorsionó el enfoque a través de su desproporcionado acercamiento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - Integración: conforme a las reglas establecidas en el Acuerdo N.º PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 / **JUEZ COLEGIADO** - Sus decisiones se deben tomar por mayoría

absoluta de votos / **NULIDAD** - Debido proceso: no se configura, cuando el juez colegiado adopta su decisión por mayoría

El recurrente solicita la nulidad de la actuación surtida ante el tribunal, a partir de la radicación del proyecto de sentencia, por estar conformada la Sala de Decisión que emitió el fallo de segunda instancia por sólo dos magistrados, no tres, como lo dispone el inciso primero del artículo 19 de la Ley 270 de 1996.

Sea lo primero precisar que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, como lo reconoce la defensa en su escrito impugnatorio, está integrada por seis Magistrados que, a su vez, conforman seis Salas de Decisión de 3 magistrados cada una, integradas por un magistrado ponente, quien la preside, y los dos que le siguen en orden alfabético de apellidos y nombre, conforme lo prevé el artículo 9º del Acuerdo n.º PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Para el mes de febrero de 2021, la Sala de Decisión penal presidida por el magistrado G. L. R. S, se complementaba con las magistradas J. I. M. A. y M. M. M. B, siguiendo las directrices del mencionado Acuerdo.

No obstante, la magistrada M. M. M. B. ejerció sus funciones hasta el domingo 28 de febrero de 2021, situación que determinó que, en la práctica, la mencionada Sala solo estuviera conformada por dos magistrados entre el 1º y el 7 de marzo de 2021, pues el 8 de marzo siguiente tomó posesión del cargo en provisionalidad, en su reemplazo, la doctora M. J. D. C.

En el presente asunto, el proyecto de decisión fue radicado por el magistrado ponente G. L. R. S. el viernes 26 de febrero de 2021, motivo por el cual sólo podía ser puesto a consideración de la única magistrada que integraba la Sala en ese momento, esto es, la doctora J. I. M. A.

Este proceder no constituye irregularidad alguna, como lo invoca el recurrente, porque la decisión se adoptó el 4 de marzo de 2021 por unanimidad, entendiéndose, por los dos magistrados que para ese momento conformaban la Sala de Decisión, con respeto de las mayorías deliberatorias y decisorias, garantizándose de esta manera lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10715 de 2017, en concordancia con el canon 54 de la Ley 270 de 1996.

No se trató, por tanto, como pareciera insinuarlo la defensa, de una exclusión arbitraria o caprichosa de uno de los magistrados que conformaba la Sala de Decisión, sino de la

imposibilidad de su convocatoria por no hacer ya parte del tribunal, incidencia que autorizaba tomar las decisiones con el número de magistrados habilitados para hacerlo, al igual que ocurre, por ejemplo, cuando alguien está en licencia, o en permiso, o ha sido separado del conocimiento del proceso por estar impedido. Lo importante, insistase, es que al momento de resolver el caso exista quorum deliberatorio y decisorio y que la decisión se tome por mayoría, como ocurrió en este caso.

Esta ha sido, por lo demás, la línea de pensamiento de la Sala, que hoy se reitera, en el sentido que estas situaciones, de común ocurrencia en el ejercicio de la función colegiada, no comporta afectación a garantías fundamentales del procesado ni irregularidad sustancial que amerite la nulidad de la decisión.

JUEZ COLEGIADO - Debate de proyectos de sentencia: a través del sistema de rotación / **NULIDAD** - Principio de instrumentalidad / **NULIDAD** - No se configura: cuando los proyectos de sentencia son debatidos por los integrantes de la Sala a través del sistema de rotación

El otro reparo del recurrente, consistente en que la decisión es ilegal porque la Sala de Decisión "ni siquiera deliberó porque nunca se reunió", desconoce que una forma también válida de discusión de los proyectos es la del sistema de rotación entre sus integrantes, implementada por la práctica judicial para hacer más ágil su evacuación, en la que, al igual que en las salas presenciales, se firma el proyecto si se comparten sus argumentaciones y sentido. En caso contrario, se hacen las observaciones pertinentes para su estudio por parte del magistrado ponente, o su discusión en Sala presencial o virtual, de ser necesario.

Es lo que al parecer ocurrió en este caso, en el que se establece que el proyecto fue registrado y dado en traslado a la otra integrante de la Sala, quien, en señal de aprobación, suscribió el acta n.º 162 del 4 de marzo de 2021, en la cual se lee: "estudiados y discutidos, previo registro del proyecto, por parte de los Magistrados G. L. R. S. y J. I. M. A., los siguientes proyectos...", proceder en que tampoco la Sala advierte irregularidad alguna, pues, se insiste, es claro que el proyecto fue estudiado y aprobado por los integrantes de la Sala de Decisión.

No puede olvidarse que uno de los principios que orientan las nulidades -que el recurrente no justificó- es el de instrumentalidad de las formas, en virtud del cual, no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto procesal cuestionado

cumpla la finalidad prevista en la ley, siempre que no viole el derecho de defensa. Y no se advierte, ni el recurrente lo insinúa siquiera, que este procedimiento interno haya afectado las garantías del implicado o desvertebrado la estructura formal o conceptual del proceso.

En consecuencia, las solicitudes de nulidad planteadas por el recurrente, no prosperan.

PECULADO POR USO - Demostración / **CÓMPLICE** - Demostración / **PECULADO POR USO** - Elemento: sujeto activo calificado / **PECULADO POR USO** - Cómplice / **INTERVINIENTE** - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: permite juzgar bajo la misma cuerda a quien, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las ostenta / **COMPLICIDAD** - Elementos: acuerdo previo o concomitante: se configura / **PECULADO POR USO** - Diferente al encubrimiento por favorecimiento / **PECULADO POR USO** - No depende del menoscabo o deterioro de los bienes / **PECULADO POR USO** - Se estructura

La defensa sostiene que el procesado D. F. C. O. no puede ser condenado en condición de cómplice de esta conducta punible, porque no se acreditó la existencia de un acuerdo previo con el autor, lo cual, en su criterio, trasladaría su actuar al delito de favorecimiento, que no fue objeto de imputación ni acusación, razón por la que debe absolversele.

Es decir, que sus alegaciones parten de aceptar, (i) la existencia de los hechos ocurridos entre la noche del 3 y la madrugada del 4 de abril de 2014, en la que un grupo de personas a bordo de 51 vehículos y 2 motocicletas, usaron la plataforma aérea del aeropuerto de Ibagué -bien del Estado- como pista para carreras automovilísticas denominadas "piques", y (ii) la tipificación de los mismos en la hipótesis delictiva de peculado por uso. Pero no, el rol de cómplice de D. F. C. O. en el referido ilícito, que el tribunal declaró acreditado.

En el ámbito jurídico, la Sala no advierte error alguno en la atribución del grado de participación atribuido al procesado, pues la jurisprudencia explica que, en los delitos de sujeto activo cualificado, el determinador y el cómplice no requieren reunir las especiales calidades calificantes del autor -para el caso, de servidor público-, toda vez que no ejecutan de manera directa la conducta punible. Y en nuestro sistema existe además la categoría del interviniente, que permite juzgar bajo la misma cuerda a quien, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las

ostenta (Cfr. CSJ SP2339-2020, 1º jul. 2020, rad. 51444).

La Sala tampoco encuentra incorrección alguna en las conclusiones probatorias del Tribunal. Los elementos de conocimiento allegados al informativo enseñan que D. F. C. O., para la noche del 3 y madrugada del 4 de abril de 2014, fungió como guarda de seguridad en el aeropuerto, al servicio de la Compañía de Vigilancia Privada Nápoles, en el rol de operador de medios tecnológicos y encargado de las cámaras de seguridad del lugar.

Así lo informaron los testigos de cargo: (i) N. B. C. L, coordinadora de seguridad del aeropuerto para la época, (ii) J. F. T. A, coordinador de seguridad entre la Aerocivil y la Unión Temporal a cargo de la vigilancia privada del aeropuerto, y (iii) J. E. S. G, L. A. M. D. y A. J. P, guardas de seguridad del aeropuerto en turno de vigilancia esa noche.

A ello se sumó la prueba documental incorporada por el investigador R. E. G, que da cuenta del vínculo laboral de D. F. C. O., su lugar de trabajo y su presencia en el puesto de vigilancia de cámaras de seguridad en dicho turno nocturno.

La responsabilidad de D. F. C. O. en la infracción delictiva de peculado por uso se establece a partir de las declaraciones de antiguos compañeros de turno suyos, que informan de su participación y colaboración en la consumación del delito y de circunstancias que permiten deducir claramente la existencia del acuerdo previo, que sin razón desconoce el impugnante.

J.E.S.G. relata, por ejemplo, que para la noche de los hechos cumplió su labor en el puesto 2, esto es, zona perimetral del aeropuerto, el cual, pese a ser distante (“al otro lado de la pista”), permitió percibir ruido en la parte principal de la plataforma, aproximadamente a las 10:00 p.m., razón por la que se comunicó por radio con D. F. C. O. para informarle la novedad y este lo tranquilizó diciéndole que no pasaba nada, que se trataba de personal autorizado que acompañaba al ingeniero (el administrador del aeropuerto), situación por la que le pidió no dejar anotación alguna en el libro de minuta.

[...]

Tal como lo explicó el Tribunal, los anteriores testigos resultan de capital importancia para acreditar el conocimiento previo que tenía el procesado frente al uso indebido de las instalaciones aeroportuarias y del permiso otorgado por el administrador de la época.

El procesado, sabía qué actividad se realizaría y conocía del arribo de los vehículos al aeropuerto, razón por la cual, con la finalidad de facilitar su ingreso, reunió a sus compañeros de trabajo

antes del evento y generó un ambiente de tranquilidad o normalidad entre ellos, asegurándoles que se trataba de una actividad autorizada, proceder con el cual evitó generar alarma y que se consignara en las minutas o planillas de vigilancia el ingreso de los rodantes y el uso de la plataforma de aterrizaje como pista de carreras para “piques” automovilísticos.

De ese modo, asoma evidente la contribución de D. F. C. O. al autor de la infracción delictiva, la cual, si bien no puede catalogarse de indispensable, sí resultaba importante como aporte accesorio en función de su realización. De ahí el grado de participación que le fuera atribuido y por el que finalmente fue condenado.

La prueba testimonial también informa de la participación concomitante a la realización de la conducta punible, pues J. E. S. G asegura que cuando cumplía su labor de vigilancia en la zona perimetral del aeropuerto, escuchó ruidos en la plataforma aérea, comunicándose por radio con el acusado, quien le dio parte de tranquilidad al manifestarle que se trataba de una actividad debidamente autorizada, suficiente para que J. E. S. G no dejara anotación del insuceso en el libro de minuta, materializándose, de esta manera, una actividad de colaboración evidente en el mismo instante de ejecución del delito de peculado por uso.

De allí que la Sala encuentre acertado el análisis efectuado por el Tribunal, que, como se verá enseguida, responde adecuadamente al motivo de inconformidad del recurrente

[...]

Esto conduce a descartar el punible de encubrimiento por favorecimiento alegado por el impugnante, pues, en este ilícito, el sujeto agente solo interviene después de su comisión, para ayudar a eludir la acción de las autoridades o entorpecer la investigación, condiciones que no se cumplen en este caso, donde aparece probado que D. F. C. O. convino colaborar en la ejecución de la conducta que tipifica el delito de peculado por uso y realizó aportes en el proceso de ejecución.

En consecuencia, se desestiman estos reparos. Restaría agregar, para responder a los argumentos de la primera instancia, que la circunstancia de hallarse en construcción la plataforma que fue indebidamente utilizada, a cargo de un contratista y por fuera de servicio, no determinaba que el bien dejara de ser patrimonio público, pues lo cierto es que hacía parte del aeropuerto y que sus instalaciones fueron usadas para fines totalmente distintos a los que estaban destinados.

Además, recuérdese que el punible de peculado por uso no exige para su estructuración que se presente menoscabo material de los bienes, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del servidor público en el manejo de las cosas que se le han sido confiadas por razón o con ocasión de sus funciones. Por ende, no es indispensable que se produzca deterioro, asunto que apropiadamente abordó el Tribunal al hacer eco de varios precedentes de la Corte (CSJ SP, 24 enero 1996, rad.11114; CSJ SP, 14 agosto 2000, rad.11333; CSJ AP, 16 abr.2002, rad.18642; CSJ SP, 2 sep. 2002, rad. 17703; CSJ AP, 19 nov. 2003, rad. 20308; CSJ SP, 2 dic. 2008, rad. 30597; CSJ SP, 24 jun. 2009, rad. 26909 y CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 37184, entre otras).

OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO - Concepto / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Ámbito de protección / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Elementos / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Elementos: sujeto activo indeterminado / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Delito de conducta alternativa / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Elementos: verbos rectores / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Tipo penal en blanco / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Elementos: elemento normativo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Elementos materiales probatorios y evidencia física: Concepto / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Configuración: el verbo rector debe recaer sobre un contenido probatorio

El artículo 454B del Código Penal describe la conducta en los siguientes términos: “El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en...”.

Para la Sala resulta imperioso recordar que el mencionado tipo penal fue adicionado al estatuto punitivo a través del artículo 13 de la Ley 890 de

2004, cuya exposición de motivos, de acuerdo con el Proyecto de Ley n.º 01 de 2003 Senado -de autoría de la Fiscalía General de la Nación-, simplemente reseñaba que la adición del Capítulo Noveno «Delitos contra medios de prueba y otras infracciones» al Título XVI «Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia», obedecía a «[l]a entrada en vigencia de un nuevo [s]istema [p]rocesal [p]enal [el cual] reclama figuras novedosas que aseguren el funcionamiento del sistema. Sin ellas quedaría debilitado y se pondría en peligro su funcionamiento...».

Es la ponencia para primer debate la que, además de explicar que del amplio texto del proyecto original sólo se debatirían “los artículos que guardan íntima relación con la implementación del sistema acusatorio”, clarificó que la penalización de las conductas inscritas en los delitos contra los medios de prueba tenía por propósito:

[s]alvaguardar el adecuado desarrollo del proceso penal, la integridad del material probatorio que se recaude y el cabal cumplimiento de los deberes de cada uno de los sujetos procesales en el desarrollo de las audiencias. Las particularidades que en adelante tendrá el sistema de investigación y juzgamiento en materia penal hacen conveniente tomar medidas que aseguren la efectividad de las diligencias y etapas procesales de la manera más segura y pronta [subrayado fuera de texto].

En relación con su estructura típica, resulta importante precisar que es, (i) un tipo penal de sujeto activo indeterminado, porque puede ser cometido por cualquier persona, (ii) de conducta alternativa, en cuanto se realiza a través de los verbos “ocultar”, “alterar” o “destruir”, y (iii) en blanco, porque para establecer el contenido del ingrediente normativo «elemento material probatorio» debe acudir a la reglamentación instituida en el Código de Procedimiento Penal.

La acreditación de su componente objetivo implica demostrar, (i) la existencia de un “elemento material probatorio” de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, (ii) su ocultamiento, alteración o destrucción por parte del sujeto agente, y (iii) que la conducta se realice para evitar que el elemento material probatorio se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, en un proceso penal.

Como se ha dejado visto, para el complemento del tipo penal definido por el canon 454B del Código Penal, el legislador trae como referente específico normativo de reenvío, el listado de los “elementos

materiales probatorios” relacionados en el Código de Procedimiento que acoge el sistema acusatorio, es decir, la Ley 906 de 2004, cuyo artículo 275 es del siguiente tenor:

Artículo 275. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;
- b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;
- c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;
- d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;
- e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;
- f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;
- g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;
- h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

Parágrafo. [Adicionado por el artículo 1° de la Ley 1652 de 2013] También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

Esto significa que la acción de «ocultar», «alterar» o «destruir» debe recaer sobre uno cualquiera de estos elementos materiales de prueba para que la conducta sea típica y pueda ser motivo de

reproche penal, no solo porque así lo exige la norma al disponer que el elemento material probatorio sobre el que se proyecta la conducta debe ser de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, sino porque es claro que lo que se pretende proteger con ella es, en general, el medio de prueba.

Es imprescindible, por tanto, para la tipificación del punible, que el elemento sobre el cual recae la conducta de “ocultar”, “alterar” o “destruir” esté dotado de contenido probatorio, es decir, que comprenda evidencia susceptible de ser usada como medio cognoscitivo o de prueba en un proceso penal, pues, de no tener contenido probatorio, no habrá lugar a la imputación del delito, por ausencia del elemento normativo y porque la conducta no tendría objeto sobre el cual proyectarse.

Restaría precisar que la disconformidad existente entre la expresión «elemento material probatorio» utilizada por el tipo penal y la expresión «elementos materiales probatorios y evidencia física» utilizada por el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, ninguna incidencia tiene en el proceso de verificación de la configuración del elemento normativo, por tratarse, en criterio de la Sala, de expresiones sinónimas. En la decisión CSJ AP, de 15 octubre de 2008, radicado 29626 [...]

Al margen de la discusión académica y doctrinal que conceptualiza y diferencia las expresiones «elemento material probatorio» y «evidencia física», lo cierto es que el legislador de 2004, al adicionar al Código Penal el artículo 454B, hizo expresa referencia a la noción de «elemento material probatorio», que para efectos de la presente decisión es imperioso desagregar:

Por “elemento”, la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española indica: “parte constitutiva o integrante de algo”. El adjetivo «material» se refiere a lo «perteneciente o relativo a la materia» y esta última a la “realidad espacial y perceptible por los sentidos de la que están hechas las cosas que nos rodean y que, con la energía, constituye el mundo físico” Y el adjetivo “probatorio” indica aquello “que sirve para probar o averiguar la verdad de algo”

Esto, para insistir en que el elemento material o la evidencia física objeto de «ocultamiento», “alteración” o “destrucción”, deben estar provistos de contenido o significado probatorio, para que la conducta pueda subsumirse en el tipo penal que define el artículo 454B del Código Penal.

OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL

PROBATORIO - Demostración / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - Configuración: el verbo rector debe recaer sobre un contenido probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Elementos materiales probatorios y evidencia física: cámaras de vigilancia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Elementos materiales probatorios y evidencia física: cámaras de vigilancia, concepto / **OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO** - No se configura: cuando la conducta consiste en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad para evitar que registre el evento delictivo / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: revoca parcialmente y confirma absolución de primera instancia / **LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA** - Procedencia

D. F. C. O. fue acusado por el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, porque para “asegurar la impunidad” del delito de peculado por uso, al cual prestó “colaboración directa y eficaz”, “a partir de las 21:40 horas del día 03-04-2014 y hasta las 02:45 horas del día siguiente 04-04-2014, manipuló las cámaras de seguridad para que NO se grabaran la entrada de los vehículos y la actividad ilegal de piques automovilísticos que propició [A.F.H.B.]” [mayúscula original del texto, negrilla de la Sala.

[...]

Es decir, que el procesado D. F. C. O. no está acusado y condenado por alterar un elemento material probatorio, sino por impedir que se constituyera uno que tuviera la capacidad demostrativa para averiguar la verdad de lo ocurrido respecto de la materialidad de la conducta punible y los posibles responsables de ella, a través de la manipulación del enfoque y direccionamiento de las cámaras de seguridad del aeropuerto.

Este supuesto fáctico no estructura el tipo penal de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, que define el artículo 454B del Código Penal. Como se indicó, para la materialización de este ilícito es necesario que el elemento sobre el cual recae la conducta esté dotado de contenido probatorio. Y en el presente caso, las cámaras manipuladas no contenían información probatoria alguna que pudiera ser utilizada como medio cognoscitivo o de prueba en el curso de la investigación o del juicio, justamente porque se neutralizaron para que no registraran el evento.

Lo que se alteró en este asunto fue el ángulo de enfoque de las cámaras de seguridad, no sus contenidos probatorios, porque estos inexisterían. Se trataba de cámaras vacías de información que pudiera ser utilizada como evidencia para los fines del proceso. De allí que la conducta no actualice el elemento normativo del tipo, ni desde luego, la hipótesis delictiva de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio prevista en el artículo 454B del Estatuto Punitivo.

Obsérvese cómo el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, al referirse en su literal f) a las cámaras de vigilancia como elementos materiales probatorios, no alude a ellas como objeto per se de protección, sino a la información probatoria obtenida a través de este mecanismo, lo cual coincide con lo ya expuesto, en el sentido que para la tipificación del delito es necesario que el elemento sobre el cual recae la conducta de “ocultar”, “alterar” o “destruir”, tenga registrada información con significación probatoria, que pueda ser utilizada como evidencia en un proceso penal.

La norma es explícita en indicar que por elemento material probatorio o evidencia física debe entenderse lo que se obtiene -se consigue o extrae- de la grabación, de la filmación o del video, lo que significa que sólo puede hablarse de elemento material probatorio cuando la filmación ha sido realizada en todo o parte, es decir, cuando alberga contenidos con alcance probatorio.

El error del Tribunal radicó en considerar que la alteración de los ángulos enfoque de las cámaras, para evitar el registro de los acontecimientos ilícitos que se realizarían, constituía, per se, alteración de un elemento probatorio, sin reparar que hasta ese momento las cámaras no contenían información probatoria alguna del hecho delictivo, susceptible de ser ocultada, alterada o destruida.

Distinto hubiese sido que después de iniciado el evento, o de haber concluido, el procesado hubiera ocultado, alterado o destruido la información recogida por las cámaras, pues, en este caso, no habría duda de la afectación de los contenidos probatorios del dispositivo y, por ende, de la estructuración del tipo penal imputado. Pero ese no es el caso que se estudia.

Por las razones consignadas, la Sala considera que la conducta consistente en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad del aeropuerto para evitar que registraran el evento delictivo, no constituye el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. Este

comportamiento, solo puede ser tenido como un acto más de “colaboración directa y eficaz” en la realización de la conducta de peculado por uso y en la pretensión de que este ilícito quedara en la impunidad.

Esto torna innecesario el estudio de las alegaciones planteadas por la defensa en el recurso de impugnación, referidas a la inocuidad de la conducta y a la participación de D. F. C. O. en la alteración de los ángulos de enfoque de las cámaras, por no tener incidencia alguna en la decisión a tomar, aunque debe precisarse, en relación con este último aspecto, que la prueba aportada es inequívocamente consistente en señalar al procesado como el autor de esa manipulación.

En consecuencia, la Sala revocará la condena por la conducta punible de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio y la mantendrá por el delito de peculado por uso. La pena a imponer será la que el Tribunal dosificó

para el delito contra la administración pública, en condición de cómplice, que corresponde a ocho (8) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En atención al monto de la pena de prisión a imponer, la Sala dispondrá la libertad inmediata de D. F. C. O. por pena cumplida, pues se encuentra privado de la libertad desde el 11 de marzo del 2021, en virtud de la orden de captura impartida por el Tribunal, siempre y cuando no esté requerido por otra autoridad judicial en proceso diferente. Por la Secretaría de la Sala se librará la orden de libertad.

Adicionalmente se dispondrá la cancelación de los registros, anotaciones, órdenes de captura y medidas previas de carácter real o personal que se hubieren dispuesto en contra del implicado por cuenta de este diligenciamiento, orden que se cumplirá por el juzgado de primera instancia».

Inicio

12. PENA ACCESORIA - Determinación discrecional del juez: parámetros / **PENA ACCESORIA** - Prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas

La Corte Suprema de Justicia casó parcialmente y de oficio el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de esa ciudad en contra de J.A.S.L., por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dejando sin efectos la pena accesoria impuesta de “prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal”.

Esto por cuanto, la Sala consideró que el Juzgado impuso la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 8°, del Código Penal, sin motivar la decisión; en efecto, no explicó por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes.

SP207-2023(60382) de 07/06/2023

Magistrado Ponente:
Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 8 de septiembre de 2015, las directivas del complejo carcelario La Picota, ubicado en la ciudad de Bogotá, dispusieron una labor rutinaria de control.

2. En desarrollo de la misma, dos perros entrenados para detectar estupefacientes asumieron un comportamiento compatible con la presencia de ese tipo de sustancias en uno de los casilleros ubicados en el recinto destinado al descanso de los guardias.

3. Al verificar que el “locker” estaba siendo utilizado por el dragoneante J.A.S.L., éste, voluntariamente, procedió a su apertura, lo que permitió la incautación de 2275.5 gramos de marihuana.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PENA ACCESORIA - Determinación discrecional del juez: parámetros / **PENA ACCESORIA** - Debida motivación / **PENA ACCESORIA** - Legalidad / **PENA ACCESORIA** - Prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas

«El artículo 52 del Código Penal dispone que las penas accesorias “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la

prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.

La misma norma establece que en la imposición de penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 ídem. Este, a su vez, dispone que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

Además de su expresa consagración legal, esta carga motivacional desarrolla importantes postulados constitucionales, como la dignidad humana, la obligación del Estado de proteger los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, el deber de motivar suficientemente cualquier restricción de los mismos.

[...]

En el presente caso, el Juzgado impuso la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 8°, del Código Penal, sin dedicar una sola línea a explicar por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes. El Tribunal no corrigió esa situación irregular.

De hecho, se advierte una contradicción sobre esta materia, porque el procesado no fue condenado por su adicción a las drogas (ello, hipotéticamente, pudo haber generado alguna controversia sobre la destinación del alucinógeno que le fue incautado), sino, por el contrario, porque almacenaba una considerable cantidad de marihuana, con una clara destinación al consumo de terceros».



13. PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación / **CONCILIACIÓN** - Clases / **CONCILIACIÓN** - Acuerdo conciliatorio / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, conciliador / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, tiene fuerza vinculante, hace tránsito a cosa juzgada / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado por el juez / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, extraprocesal / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado por el juez, si no lo está, no invalida el acto y será una transacción, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de validez, eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador / **TRANSACCIÓN** - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Ante la jurisdicción laboral / **CONCILIACIÓN** - Diferente a la transacción / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funcionamiento / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funciones / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO** - Obligaciones: cumplimiento de las decisiones judiciales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: cuando se suscribe acuerdo de pago de una obligación por parte de la entidad pública, sin contar con la aprobación del Comité de conciliación / **TRANSACCIÓN** - Procedencia / **CONCILIACIÓN** - Capacidad para conciliar / **CONCILIACIÓN** - Legitimidad / **OBLIGACIONES** - Requisitos: capacidad, concepto / **ABOGADO** - Deberes: incumplimiento / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, suscrito con quien no tiene la capacidad para celebrarlo / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Gasto público: principios / **PREVARICATO POR**

ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, deber de verificar el monto adeudado / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: Alcalde / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: Secretario de Hacienda / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley, es un acto administrativo

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación presentado por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de segunda instancia mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, revocó la condena que el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, le impuso a M.E.R.R., M.R.R.U, A.L.A.C y M.L.D.G. por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado, para en su lugar, absolverlos.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia impugnada y en su lugar confirmó integralmente la sentencia que se profirió en primera instancia, mediante la cual condenó a M.E.R.R y M.R.R.U.M en calidad de coautores responsables del delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el reato de peculado por apropiación agravado; a M.L.D.G., a título de coautora responsable del delito de prevaricato por acción; y a Á.I.A.C., como interviniente del delito de peculado por apropiación agravado.

Esto, por cuanto que, después de realizar un análisis de las figuras de la conciliación y la transacción se determinó que los acusados en calidad de servidores públicos, suscribieron un acuerdo de pago, sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación de la entidad, siendo requisito obligatorio para el mismo. Así como, haberlo firmado con quien no tenía la capacidad para conciliar y sin verificar previamente el monto adeudado.

Por todo lo anterior, en el presente asunto, al configurarse el delito de prevaricato por acción desencadenó la consumación de la conducta punible de peculado por apropiación, a través del acto administrativo mediante el cual, la entidad suscribió el acuerdo y pago, sin cumplir con los requisitos requeridos.

SP085-2023(52904) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 4 de abril de 2008, M.E.R.R. -alcaldesa del municipio de San José de Cúcuta-, MRRU – secretario de hacienda del municipio- y M.L.D.G. -jefa oficina jurídica del municipio-, suscribieron un acuerdo de pago con el abogado Á.I.A.C., mediante el cual los servidores públicos comprometieron al municipio de San José de Cúcuta a pagar directamente al abogado A.C. la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), monto que se entregaría en dos cuotas, en los meses de abril y agosto de ese mismo año, por concepto de «abono directamente al acreedor y con cargo al proceso ejecutivo [...]»; y el abogado, a cambio, se comprometió a «dejar en suspenso la solicitud de los oficios necesarios para materializar el embargo de los bienes y haberes de esta institución», siempre que el municipio cumpla con los pagos acordados.
2. El referido acuerdo: (i) se realizó sin que se contara con la aprobación previa del Comité de Conciliación, el cual se ofrecía obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65B de la Ley 23 de 1991; (ii) se celebró con el abogado **Á.I.A.C.**, sin que éste hubiera acreditado que tenía capacidad para celebrarlo; y (iii) comprometió al municipio de San José de Cúcuta a pagar la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), sin constatar que, en verdad, ese era el valor efectivamente adeudado por el municipio.
3. Con base en el referido acuerdo, el municipio le pagó al abogado **Á.I.A.C.**, la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000).

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación / **CONCILIACIÓN** - Concepto / **CONCILIACIÓN** - Características / **CONCILIACIÓN** - Naturaleza / **CONCILIACIÓN** - Legislación general (Ley 640 de 2001) / **CONCILIACIÓN** - Clases / **CONCILIACIÓN** - Acuerdo conciliatorio / **CONCILIACIÓN** - Efectos: tiene fuerza vinculante de cosa juzgada / **CONCILIACIÓN** - Efectos: presta mérito ejecutivo / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la

jurisdicción laboral, conciliador / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, tiene fuerza vinculante, hace tránsito a cosa juzgada / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado por el juez

Sobre la responsabilidad penal de MERR, MRRU y MLDG, por el delito de prevaricato por acción

Antes de adentrarnos en el análisis del tema propuesto, la Sala encuentra necesario delimitar el contexto procesal en el que los procesados suscribieron el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008.

[...]

De modo que, en esas tres actuaciones se ordenó el archivo del proceso a través de autos emitidos en distintos días del mes de marzo de 2005.

Como se ve, sólo en tres (3) de los siete (7) procesos promovidos por el abogado, se emitió una sentencia ejecutoriada que reconoció a favor de los demandantes, representados por el abogado ÁIAC, el derecho al reajuste pensional soportado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el decreto 2108 del mismo año.

En los cuatro (4) procesos restantes no se reconoció el derecho al reajuste pensional a favor de los demandantes, ni por la vía judicial, mediante una sentencia ejecutoriada, ni por la administrativa, a través de un acto administrativo. Sobre esto último, el abogado ÁIAC, frente a cada una de las demandas, aportó la prueba del agotamiento de la vía gubernativa y en la mayoría de los casos adjuntó los actos administrativos mediante los cuales el municipio de San José de Cúcuta les negó a sus representados el referido reajuste pensional.

En consecuencia, cuando el Tribunal en la sentencia impugnada encontró como un hecho probado «Que existieron una serie de demandas laborales desde el año 2002, por medio de las cuales, los pensionados municipales que habían obtenido tal derecho antes de 1989, pretendían obtener un reajuste pensional decretado por la Ley 6ª de 1992, demanda que en su mayoría fueron falladas, reconociendo tales derechos a los demandantes, siendo confirmadas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta», incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, pues, no es cierto que la mayoría de las demandas formuladas por el abogado ÁIAC, hubieran sido falladas a favor de los demandantes en primera y segunda instancia.

Ello solo ocurrió en 3 de las 7 demandas formuladas por el abogado, de modo que el municipio de San José de Cúcuta sólo estaba obligado a cumplir con las condenas impuestas en las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Juzgados Primero y Tercero Laboral del Circuito de esa ciudad, al interior de los procesos identificados con los radicados 2002-0213, 2002-0210 y 2002-0231.

Así, en el proceso identificado con el radicado 2002-0210 una perito, quien fue designada para que determinara el monto de la condena para efectos de determinar si era viable o no la interposición del recurso de casación, determinó a través de dictamen del mes de noviembre de 2003 que la condena por todos los demandantes ascendía a la suma de trescientos veintiún millones quinientos ocho mil setecientos noventa y tres pesos (\$321.508.793).

En el proceso identificado con el radicado 2002-0231 una perito, que fue designada para los mismos efectos, determinó a través de dictamen del mes de mayo de 2004, que la condena por todos los demandantes ascendía a la suma de doscientos treinta y ocho millones ciento cincuenta y seis mil trescientos catorce pesos (\$238.156.314).

Por último, en el proceso identificado con el radicado 2002-0213 no se llevó a cabo tal estimación por un perito. Así, el apoderado del municipio presentó una liquidación por un valor de tres mil novecientos cuarenta millones noventa y tres mil doscientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos (\$3.940.093.264,62). Y, el apoderado de los demandantes presentó una liquidación por valor de cuatro mil ochocientos treinta millones doscientos dieciocho mil novecientos setenta y tres (\$4.830.218.973).

Sin embargo, ninguna de tales liquidaciones fueron aceptadas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, pues, ambos apoderados al momento de hacer sus liquidaciones partieron desde el mes de enero de 1993, pese a que de acuerdo con la sentencia, la liquidación debía realizarse a partir del 21 de enero de 1999, lo que indiscutiblemente arrojaría un valor mucho menor al liquidado por las partes, por lo que ordenó que una vez se recibiera la certificación de la tesorería del municipio en donde constaran los valores de las mesadas pensionales canceladas a los demandantes, el despacho procedería a realizar la liquidación correspondiente.

Hecho que no ocurrió, dado que los apoderados presentaron un memorial al juzgado solicitando la terminación del proceso porque habían llegado

a un acuerdo económico con base en las liquidaciones erróneas.

En los otros procesos, es decir, en los identificados con los radicados 2002-0013, 2003-0226, 2003-0387 y 2004-0241, no se había declarado, ni judicial ni administrativamente obligación económica alguna a cargo del municipio de San José de Cúcuta, en favor de los allí demandantes.

Pese a lo anterior, el 23 de febrero de 2005, quien para ese momento se desempeñaba como alcalde del municipio y el abogado ÁIAC suscribieron un documento que denominaron «ACTA DE CONCILIACIÓN SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, TODO SOBRE REAJUSTES PENSIONALES DE LEY 6ª DE 1.992», mediante el cual, el municipio se obligó a pagar a favor de todos los demandantes la suma de siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con ochenta y cuatro centavos (\$7.985.856.757,84), en cuatro cuotas, a cubrir los días 28 de febrero, 29 de marzo y 10 de junio de 2005, y 10 de enero de 2006.

Las dos primeras cuotas -la primera por \$1.437.454.216,40 y la segunda por \$559.009.973- que sumaron un valor total de mil novecientos noventa y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos con cuarenta centavos (\$1.996.464.189,40), fueron efectivamente pagadas por el municipio a favor del abogado ÁIAC, tal y como éste mismo lo declaró, y como lo evidencian los comprobantes de egreso N° E-033387 y E-034030 del 1 y 29 de marzo de 2005, respectivamente. Sin embargo, la cuota pactada para pagar el 10 de junio de 2005, por valor de tres mil novecientos noventa y dos millones novecientos veintiocho mil trescientos setenta y ocho pesos con noventa y dos centavos (\$3.992.928.378,92), no fue entregada por el municipio de San José de Cúcuta.

Por lo anterior, el 8 de julio de 2005, el abogado ÁIAC, de manera directa, formuló demanda ejecutiva laboral, que le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, proceso que se identificó con el radicado 2005-0254, con la finalidad de que se ejecutara el acta de conciliación de fecha 23 de febrero de 2005; el despacho judicial libró mandamiento de pago el 18 de julio de ese año, por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago.

Luego, mediante auto del 13 de septiembre de 2006, el Juzgado ordenó continuar con la ejecución, acorde con el mandamiento de pago, y requirió a las partes para que presentaran la liquidación del crédito; en proveído del 29 de septiembre del 2006, decretó el embargo y la retención de las sumas de dinero del municipio de San José de Cúcuta, medidas cautelares que limitó en la suma de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000).

El 30 de marzo de 2007, el abogado presentó la liquidación del crédito hasta el 10 de abril de 2007, por un valor de \$5.653.626.767,63. Más adelante, por solicitud del Juzgado, el 7 de junio de 2007, el abogado ÁIAC presentó una liquidación del crédito hasta el 31 de mayo de 2007, por valor de \$5.851.521.343,07, la cual fue aprobada mediante auto del 26 de junio de 2007.

Estando en curso el proceso ejecutivo laboral, los procesados se posesionaron en sus respectivos cargos. Así, MERR se posesionó en el cargo de alcaldesa del Municipio de San José de Cúcuta, el 1 de enero de 2008; MRRU se posesionó en el cargo de secretario de despacho -área de dirección de hacienda- el 11 de enero de 2008; y MLDG tomó posesión del cargo de jefe oficina asesora, área jurídica, el 3 de enero de 2008.

Luego, mediante auto del 29 de febrero de 2008, la Juez ordenó que, previo a practicar las medidas cautelares, el demandante debía allegar «en forma concreta lo que en efecto se le ha cancelado y lo que a la fecha se adeuda por la obligación que se demanda...», misma orden que le impartió a la alcaldesa del municipio.

En virtud de lo anterior, el 7 de marzo de 2008, el abogado ÁIAC presentó una liquidación del crédito hasta el 4 de marzo de ese año, por valor de \$6.822.804.143,58, y solicitó que se expidieran los oficios donde se comunicaban las medidas cautelares. En esa misma fecha, el secretario del juzgado libró el oficio N° 0459, dirigido a la alcaldesa del municipio de San José de Cúcuta, mediante el cual se le comunicó que se le había ordenado remitir «constancia donde se informe los pagos legalmente efectuados al apoderado del actor, en este proceso».

En ese contexto procesal y sin que la alcaldía del municipio de San José de Cúcuta hubiese remitido la información solicitada por el juzgado, el 4 de abril de 2008, MERR -alcaldesa de San José de Cúcuta-, MRRU -secretario de hacienda-, MLDG -jefe oficina asesora jurídica- y el abogado ÁIAC suscribieron un documento denominado «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN» -el cual es calificado por la Fiscalía y por el A-quo como manifiestamente contrario a la ley-, [...]

[...]

Para la Corte, en este caso en particular, el objeto del asunto no radica en resolver si procedía o no el reajuste pensional con base en ley 6ª de 1992, pues, para cuando MERR, MRRU y MLDG tomaron posesión de sus cargos, ya se había suscrito el documento «ACTA DE CONCILIACIÓN SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, TODO SOBRE REAJUTES PENSIONALES DE LEY 6ª DE 1.992», lo que ocurrió el 23 de febrero de 2005, mediante el cual el municipio de San José de Cúcuta se obligó a pagar la suma de \$7.985.856.757, 84, a favor de los demandantes de los 7 procesos ordinarios laborales allí relacionados, por concepto de reajuste pensional, conforme la referida ley.

Es decir, el debate relacionado con la legalidad o no de ese acuerdo, es un aspecto que no corresponde dilucidar en este caso, porque se trata de un hecho que no se le puede atribuir a los aquí procesados, sencillamente porque no participaron en su creación ni ejecución directa.

La Corte debe aclarar, entonces, que lo que antecedió al acuerdo que suscribieron MERR, MRRUy MLDG el 4 de abril de 2008, fueron las decisiones que, en curso de un proceso ejecutivo, profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 18 de julio de 2005, a través de la cual libró mandamiento de pago, y el 13 de septiembre de 2006, que ordenó continuar con la ejecución, providencias cuyo contenido, legalidad y validez no pueden discutirse en este proceso, en tanto, tampoco es ese el objeto de este caso.

De modo que, para el 4 de abril de 2008 -fecha en la que los procesados suscribieron el documento denominado «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN»-, el municipio de San José de Cúcuta, representado en ese momento por la alcaldesa MERR, estaba obligado a pagar conforme el mandamiento de pago que se libró el 18 de julio de 2005, por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago, y las agencias en derecho que fueron tasadas por el Juzgado por un valor de \$234.060.853.

Sin embargo, el que el municipio de San José de Cúcuta estuviera obligado a pagar, no significa que pudiera hacerlo de cualquier forma, mucho menos contrariando de manera manifiesta la ley.

El problema jurídico consiste en determinar si MERR, MRRU y MLDG, en su condición de servidores públicos al servicio del municipio de

San José de Cúcuta, a título de alcaldesa, secretario de hacienda y jefe oficina asesora jurídica, respectivamente, al suscribir el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008, contrariaron de manera manifiesta la ley.

[...]

En la audiencia de formulación de imputación y en la acusación, el delegado de la Fiscalía les enrostró a MERR, MRRUy MLDG, el delito de prevaricato por acción, por considerar que el acta de conciliación suscrita por ellos el 4 de abril de 2008, denominada «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN» es manifiestamente contraria a la ley, porque los servidores públicos soslayaron, de manera dolosa, las normas que regulan el instituto de la conciliación, concretamente, los artículos 23 -conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo-, 24 -aprobación judicial de conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo- y 28 -de la conciliación extrajudicial en materia laboral- de la Ley 640 de 2001 y artículo 65B -comité de conciliación-, de la Ley 23 de 1991, dado que: (i) el acuerdo conciliatorio no se sometió al Comité de Conciliación del municipio; (ii) la conciliación no se realizó ante el Procurador Delegado para Asuntos Administrativos o Laborales; (iii) no fue aprobada por el Juez que adelantaba el proceso ejecutivo; y, (iv) la conciliación adolece de la falta de los siguientes requisitos: (a) no se identificó a los beneficiarios del acuerdo de pago; (b) no se allegó el poder a favor del abogado AC, para actuar en favor de los beneficiarios; (c) no se determinó el valor de lo adeudado; (d) se fijó la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) sin ningún sustento; y, (e) no se allegaron las resoluciones mediante las cuales se les reconoció el derecho a la pensión, las sentencias mediante las cuales se decretó el reajuste pensional, ni las liquidaciones individuales del crédito.

Pues bien, la Ley 640 de 2001 reglamenta la conciliación, entendida esta como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual las partes pactan, por sí mismas, la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral, imparcial y calificado, denominado conciliador -artículo 64, Ley 446 de 1998-; esta forma de acuerdo puede operar judicial -durante el trámite de un proceso judicial-, prejudicial -cuando constituye un requisito de procedibilidad- o extrajudicial -si se realiza antes o por fuera del proceso judicial-; el acuerdo puede, a su vez, estimarse en derecho o en equidad -artículo 3º, Ley 640 de 2001-. El acuerdo, que puede ser total o parcial, pone fin a

la controversia, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Sobre la conciliación en materia laboral, la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, en la decisión CSJ SL4066-2021, Rad. 60186, después de hacer un extenso análisis acerca de la figura, concluyó lo siguiente:

«Entonces, llegados a este punto del sendero, brota un primer colofón: las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral, para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de cosa juzgada, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, pues la conciliación es un instituto jurídico concebido «como un acto serio y responsable de quienes lo celebren y como fuente de paz y de seguridad jurídica», (CSJ SL, del 9 de mar. 1995, rad. 7088), sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación, tales como: i) el cumplimiento de presupuestos formales, como lo sería que sea aprobada por una autoridad competente; ii) la inexistencia de vicios en el consentimiento; iii) la no violación de normas de orden público, y iv) el no desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles (CSJ SL, del 13 de mar. 2013, rad. 44157).

Cumple afirmar, así, que la conciliación es un mecanismo de autocomposición que, con la ayuda de un tercero componedor, busca resolver las controversias surgidas con ocasión de un conflicto suscitado que se origine en el contrato de trabajo (SL1982-2019). Ese conciliador por regla general es el juez o el inspector del trabajo y, a partir de las normas sobre descongestión judicial, se investió también a particulares con ese propósito. Para que se deriven los mencionados efectos de cosa juzgada, tal como se dijo arriba, se requiere que la conciliación sea aprobada por autoridad competente, que no existan vicios en el consentimiento ni se violen normas de orden público y que se respeten los derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de conciliación».

Por esa senda, la Sala Laboral ha señalado de manera reiterada -CSJ SL, 14 dic. 2007, Rad. 29332; SL623-2020, Rad. 73805; SL4361-2021, Rad. 77317; SL1262-2022, Rad. 77661-, que la conciliación es un acto o declaración de voluntad sujeto para su validez y eficacia al cumplimiento de los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, en particular, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Ahora bien, el conciliador en materia laboral y de la seguridad social es un tercero imparcial, equitativo y calificado, aunque la labor solo

puede ser ejercida por: (i) los inspectores de trabajo; (ii) los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo; y (iii) los agentes del Ministerio Público en materia laboral. A falta de todos los anteriores, en el respectivo municipio la tarea podrá ser adelantada por los personeros y por los Jueces Civiles o Promiscuos Municipales -artículo 28 de la Ley 640 de 2001-.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado por el juez / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado por el juez, si no lo está, no invalida el acto y será una transacción, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de validez, eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador / **TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL** - Naturaleza del contrato / **TRANSACCIÓN** - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Ante la jurisdicción laboral / **CONCILIACIÓN** - Diferente a la transacción / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción

[...], el enfoque propuesto por el defensor se dirige a imponer su particular tesis, según la cual, el negocio jurídico que celebraron los procesados el 4 de abril de 2008, corresponde, no a una conciliación, sino a un acto transaccional, que no exigía para su validez y eficacia, de la aprobación de ninguna autoridad judicial ni administrativa. Sin embargo, como se verá a continuación, esta distinción, para el caso, resulta inocua, dado que los requisitos que, según la Fiscalía, fueron omitidos por los procesados al momento de suscribir el acuerdo, se predicán de ambos actos jurídicos.

Como ha quedado visto, en materia laboral la conciliación debe ser aprobada por el funcionario competente; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte, a partir de la decisión CSJ SL, 4 jun. 2008, Rad. 33086, de manera pacífica y reiterada ha señalado que el solo hecho de que el acuerdo no esté autorizado o aprobado por el funcionario competente, no invalida el acto de voluntad, pues, en esos eventos deberá entenderse que se trata de una transacción, siempre que la misma cumpla con los requisitos de validez y eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador. [...]

Por lo tanto, el solo hecho que MERR, MRRU y MLDG, hubiesen omitido acudir ante la autoridad competente con la finalidad de que se aprobara el acuerdo celebrado con el abogado

ÁIAC, el 4 de abril de 2008, tal y como lo exige el artículo 28 de la Ley 640 de 2001, no convierte el acuerdo en manifiestamente contrario a Ley, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en esos eventos podrá entenderse que se trata de una transacción, siempre y cuando cumpla con los requisitos de validez y eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Ahora bien, la transacción es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual las partes con capacidad jurídica terminan de manera anormal y extrajudicial un conflicto existente o eventual, luego de realizar concesiones mutuas y recíprocas; será válido siempre que no implique la vulneración de derechos ciertos e indiscutibles ni de la Ley.

La Sala Laboral de la Corte, en la decisión CSJ SL5032-2020, Rad. 78333, realizó un análisis de la transacción, sus formalidades y efectos, por lo que, dada su pertinencia, a continuación se transcribirán los apartes pertinentes:

«La transacción

Sea lo primero señalar que el artículo 2469 del CC define la transacción como «un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» y dispone que «no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».

En dicho sentido, tal y como lo ha expuesto la Corte, la transacción es un mecanismo legítimo para precaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (artículo 2469 CC), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.

De ahí que, ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, cuyas características se sustentan en que las partes renuncian a los derechos en disputa y, en su lugar, ceden en sus aspiraciones, siendo, por lo tanto, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento, su objeto y causa sean lícitos, y no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.

Sobre los efectos de la transacción, la Sala de Casación Civil estableció que son: i) el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y ii) la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo. En sentencia CSJ SC, 29 jun. 2007, rad. 6428, se estimó:

Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.

Por otra parte, si ese acto o declaración de la voluntad no cumple con los requisitos ya referidos, esto es, que el consentimiento no esté afectado por algún vicio en el consentimiento, que su objeto y causa sean lícitos, que no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, y que se efectúen concesiones mutuas; se puede acudir ante el juez del trabajo a fin de restarle validez y, de este modo, enervar los efectos jurídicos que le son propios, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez».

El anterior análisis deja en evidencia que, no obstante ser cierto que la conciliación y la transacción son figuras diferentes, en cuanto, la última es contractual y requiere únicamente la voluntad de quienes concurren a ese acto, mientras la primera exige la aprobación de una autoridad pública, ambos fenómenos comparten las siguientes similitudes: (i) no se puede conciliar o transigir sobre derechos ciertos e

indiscutibles del trabajador; (ii) hacen tránsito a cosa juzgada; (iii) para su validez y eficacia están sujetos al cumplimiento de los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, esto es, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita; y, (iv) en ambos casos las partes deben tener la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción, es decir, las partes deben ser titulares de los derechos objeto de la conciliación o transacción, o tener la legitimidad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir, tener la representación para disponer de ellos o, en cualquier caso, contra con la facultad de disposición con fundamento en algún título de carácter jurídico -C-404/16-.

CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funcionamiento / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funciones / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública

[...], el artículo 65B de la Ley 23 de 1991 -adicionado por el artículo 75 de la Ley 446 de 1998- dispone lo siguiente:

«Artículo 65-B. Comité de conciliación. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad».

El Gobierno Nacional, a través del decreto 1214 de 2000, norma de obligatorio cumplimiento para los municipios, entre otras entidades y organismos del Estado -que se encontraba vigente para la época en que se suscribió el acuerdo, pero fue derogada por el Decreto 1716 de 2009-, reglamentó el funcionamiento de los Comités de Conciliación; en el artículo 2º dispuso lo siguiente -esta norma aparece reproducida casi que en idénticos términos en el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, compilado en el Decreto 1069 de 2015-:

«Artículo 2o. Del Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio,

análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente, decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes.

Parágrafo. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto».

Dicho Comité tiene, entre otras funciones, la de «Determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación» (artículo 5º del Decreto 1214 de 2000-, sus decisiones son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad -artículo 8º-.

El Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 11 de octubre de 2018, Rad. 17001-23-33-000-2016-00440-01(AP), examinó la creación, naturaleza jurídica y funciones de los Comités de Conciliación, [...]

[...]

Asimismo, reitera que entre las obligaciones del Comité de Conciliación, se encuentra la adopción de las decisiones respecto a la procedencia de cualquier medio alternativo de solución de conflictos, según lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del decreto 1069 de 2015 y por tanto, no puede restringirse su competencia únicamente a la conciliación sino respecto a todos los mecanismos de solución de conflictos y de terminación anticipada del proceso, cualquiera sea su modalidad, lo que incluye, entre otros, la transacción, la aprobación de la oferta de revocatoria directa de los actos administrativos que se hayan demandado ante la jurisdicción, la mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional, o el pacto de cumplimiento en acciones populares.

Ahora bien, en el marco de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, el Comité de Conciliación debe definir, como se indicó anteriormente, los límites en el cual el representante legal o apoderado de la entidad asumir obligaciones y comprometer recursos económicos, puesto que es esta instancia administrativa la encargada de velar por los intereses de la entidad y respetar los lineamientos para la defensa jurídica y prevención del daño antijurídico de la misma». (...)

Como se expresó en párrafos precedentes, los comités de conciliación son las instancias administrativas facultadas para determinar y hacer cumplir las políticas públicas de las entidades respecto a la prevención del daño antijurídico y la defensa de sus intereses, lo cual implica la evaluación de los litigios en curso para su adecuado y eficaz trámite, el análisis de los procesos culminados para determinar las causas e índices de condenas y prevenir deficiencias en las actuaciones administrativas, la pertinencia del llamamiento en garantía o de la acción de repetición, así como, la procedencia en la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos».

De conformidad con lo expuesto, no cabe duda que el Comité de Conciliación es el competente para determinar en cada caso, a partir de un análisis de los argumentos y pruebas de la demanda, así como de la actuación y competencias de la entidad frente al caso concreto, la procedencia o improcedencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos, la conciliación y la transacción, y fijar los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado pueden comprometer a la entidad.

Por lo tanto, un municipio no puede celebrar una conciliación ni realizar una transacción, sin que antes la misma haya sido aprobada por el Comité de Conciliación, cuyos parámetros son de estricta observancia.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral, acuerdo conciliatorio: debe ser aprobado por el juez, si no lo está, no invalida el acto y será una transacción, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de validez, eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador / **ACTO ADMINISTRATIVO** - Concepto / **ACTO ADMINISTRATIVO** - Elementos

En consecuencia, la teoría de la defensa según la cual el acuerdo que celebraron los procesados el 4 de abril de 2008 no corresponde a una conciliación sino a una transacción y, por tanto, los implicados no debían contar con la aprobación de ninguna autoridad judicial ni administrativa para su validez y eficacia, no resulta ajustado al ordenamiento jurídico.

De modo que, independientemente de la denominación que los procesados le quieran ahora dar al documento -conciliación o transacción- es lo cierto que la imputación fáctica y jurídica que realizó la Fiscalía General de la Nación en contra de los procesados, por el delito de prevaricato por acción que recae sobre el «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN» de fecha 4 de abril de 2008, se refiere, precisamente, a los requisitos comunes que comparten ambas figuras, es decir, la capacidad, el objeto, la causa y la necesidad de contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación, por lo que, la definición acerca de si se trata de una conciliación o de una transacción, se muestra a todas luces intrascendente.

Es decir, sea que se trate de una transacción o una conciliación, para que el acuerdo celebrado por el municipio de San José de Cúcuta pueda ser válido, eficaz y ajustado a la ley, es necesario que (i) hubiese sido aprobado de manera previa por el Comité de Conciliación del municipio; (ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; y, (iii) se satisfagan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, a saber, la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícita.

En este punto, la Sala encuentra necesario señalar que en este caso no es posible definir con certeza si se trató de una conciliación o de una transacción, porque el documento suscrito por los procesados es tan burdo y artificioso que no es posible encuadrarlo en ninguno de ellos.

Aquí, cobra relevancia traer a colación la definición del Consejo de Estado del acto administrativo:

«Los actos administrativos son la expresión de voluntad de las entidades públicas o de un particular en ejercicio de funciones públicas, con la capacidad de producir efectos jurídicos (Sentencia de 2 de junio 2011, Exp. 66001-23-31-000-2005 0519-01), y de cuya composición se desprenden los siguientes elementos: i) declaración de voluntad, juicio o conocimiento unilateral; ii) que se expida en ejercicio de la función administrativa y; iii) que ella produzca efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante (Sentencia de 10 de abril de 2008, Exp. 25000-23-24-000-2002-00583-01,).».

Además, «con independencia de la forma en cómo se adopte o la denominación que reciba, siempre que exista una manifestación de voluntad de una autoridad pública o particular en ejercicio de funciones públicas, que produzca efectos

jurídicos será constitutiva de acto administrativo y, en consecuencia, susceptible del control judicial (Sentencia de 9 de julio de 2018, Exp. 2005-01526-02, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez).

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

Sobre estos presupuestos, esto dijo el Consejo de Estado en la sentencia del 31 de enero de 2019, Consejo de Estado, Sección Segunda, 11001-03-25-000-2016-01017-00(4574-16):

«Presupuestos de existencia y validez de los actos administrativo

Doctrinariamente se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

Al referirnos a la validez de un acto administrativo, se hace alusión a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente, o en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado

En lo que respecta a la existencia del Acto Administrativo, la Corte Constitucional ha considerado que está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De forma que, el Acto Administrativo existe desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del Acto Administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada a su publicación o notificación

De lo anterior, se deduce que la existencia del acto está aparejada a un requisito de tiempo, de forma y de efectos. Y es, en este último requisito donde la Corte Constitucional hace recaer la

sinonimia de los efectos que produce la existencia a la consideración de ser un acto eficaz, vale decir, que el acto existente es eficaz y vigente si se ha cumplido con la publicación (en el caso de los actos generales) o se ha cumplido con la notificación (si es acto subjetivo).

(...)

Los requisitos de existencia del Acto Administrativo, conlleva entonces la aparición de elementos subjetivos como objetivos, de tal manera que para que nazca el acto como tal se necesita de un órgano que lo profiera, una declaración de ese sujeto, un objeto sobre el cual recae tal declaración, un motivo por el cual se realiza, la forma que ella tiene y la finalidad que persigue, lo cual, de observarse, resultarían ser comunes a todos los actos jurídicos estatales.

En ese sentido, es un criterio uniformemente aceptado en el derecho administrativo que para la validez del acto se tienen como requisitos que haya sido expedido por autoridad competente, de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, que su expedición sea regular y que se observen los motivos y los fines desde el punto de vista de su licitud.

Por su parte, para que el acto administrativo se reputa como existente se requiere de un órgano que lo profiera, de la declaración de voluntad, de que se precise el objeto o contenido del acto, del respeto por las formas y la observancia de los motivos y sus fines. 44. Para efectos de resolver el caso sub examine, tal como se abordará más adelante, resulta preciso recabar sobre tres de los elementos que permiten configurar la existencia del acto administrativo como son a saber: el órgano, la voluntad y la forma.

Es así como el órgano, entendido como el ente creador del acto, esto es la entidad estatal que investida de la función administrativa y en ejercicio de sus competencias, emite una manifestación de voluntad consciente, intelectual e intencional, que ajustada a las normas legales y teniendo en cuenta las razones de hecho y de derecho que la determinan, produce efectos jurídicos.

Esta manifestación de voluntad de la administración, que cumple con un fin inmediato, se reviste bajo una forma, la cual le permite cumplir con los requisitos y el modo de exteriorizar el acto administrativo; de manera que las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales.

Las formalidades sustanciales son aquellas que de estructurarse vician el acto administrativo, tales como el preámbulo, el contenido, los argumentos o razones, la motivación, la parte

dispositiva y los recursos procedentes. Contrario sensu, las formalidades accidentales no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto, verbigracia requisitos como fecha, encabezamiento, denominación y firma».

Dicho esto, a continuación, la Sala entrará a examinar si los procesados incurrieron o no en el delito de prevaricato por acción al suscribir el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008, de cara a los hechos jurídicamente relevantes a ellos atribuidos.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de conciliación de la entidad pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: debe oponerse al mandato jurídico en forma clara y abierta, producto del capricho o la arbitrariedad / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de conciliación / **ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO** - Obligaciones: cumplimiento de las decisiones judiciales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: cuando se suscribe acuerdo de pago de una obligación por parte de la entidad pública, sin contar con la aprobación del Comité de conciliación

MERR, MRRU y MLDG celebraron un acuerdo económico sin contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación

Dentro del presente asunto aparece acreditado más allá de toda duda que los procesados suscribieron el acuerdo en el que comprometieron al municipio de San José de Cúcuta a entregar a favor del abogado ÁIAC, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a pagar en dos cuotas, la primera, por tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), el 18 de abril de 2008, y la segunda, por dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), el 31 de agosto de 2008, sin contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación, la cual era obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65B de la Ley 23 de 1991.

Es decir, los procesados dispusieron libre y caprichosamente de los dineros del municipio, en una cuantía exorbitante, usurpando las

competencias y las funciones del Comité de Conciliación, con lo cual contrariaron de manera manifiesta la ley.

[...]

[...], pese a que los procesados sabían de la existencia, competencias y funciones del Comité de Conciliación, trataron de justificar la omisión de acudir a él para obtener la aprobación previa de la conciliación o transacción que finalmente celebraron, aduciendo que ello no era necesario porque se trataba del cumplimiento de una decisión judicial ejecutoriada, sumado a que se estaba ante el riesgo de que se embargaran las cuentas del municipio.

La Corte no duda acerca del deber y la obligación que tenía el municipio de San José de Cúcuta, de cumplir con la decisión judicial que le ordenaba pagar, conforme el mandamiento de pago que se libró el 18 de julio de 2005, pues, en efecto, el cumplimiento oportuno de los fallos judiciales ejecutoriados es un presupuesto esencial del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, de modo que, el incumplimiento de las decisiones judiciales se constituye en un grave atentado al Estado Social y Democrático de derecho.

La Sala tampoco desconoce los efectos que puede generar el cumplimiento de una orden de embargo y retención de las cuentas y los dineros del municipio, de cara a la ejecución del presupuesto y al plan de desarrollo de la entidad territorial.

Sin embargo, los procesados MERR, MRRU y MLDG, no podían soslayar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, que los obligaba a obtener la aprobación previa del Comité de Conciliación, para llevar a cabo un acuerdo económico con el también implicado ÁIAC, so pretexto de cumplir una decisión judicial o para evitar que las cuentas del municipio fueran embargadas.

Se insiste, el Comité de Conciliación es una instancia administrativa que tiene la competencia exclusiva y obligatoria de determinar, en cada caso concreto, la procedencia o improcedencia del mecanismo alternativo de solución del conflicto y señalar, de manera argumentada, la posición institucional en la cual se fijen los parámetros dentro de los cuales el representante legal o apoderado deberá actuar en la respectiva audiencia o instancia procesal, con la finalidad, entre otras, de proteger y defender el patrimonio del Estado.

De manera que, por ningún motivo los procesados podían comprometer al municipio de San José de Cúcuta a ningún tipo de obligación y disponer del presupuesto del municipio, de

manera autónoma y sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación, como en efecto lo hicieron.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Demostración
/ **CONCILIACIÓN** - Procedencia
/ **TRANSACCIÓN** - Procedencia
/ **CONCILIACIÓN** - Capacidad para conciliar
/ **CONCILIACIÓN** - Legitimidad
/ **OBLIGACIONES** - Requisitos: capacidad,
concepto / **ABOGADO** - Deberes:
incumplimiento / **PREVARICATO POR
ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo
(decisión manifiestamente contraria a la ley), acto
administrativo, acuerdo de pago de una
obligación, suscrito con quien no tiene la
capacidad para celebrarlo

MERR, MRRU y MLDG Suscribieron el acuerdo con el abogado ÁIAC, sin constatar si éste tenía capacidad para celebrarlo

Como se dijo líneas arriba, para que una conciliación o una transacción sea válida, se requiere, entre otras cosas, que las partes tengan la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción. Es decir, las partes deben ser titulares de los derechos objeto de la conciliación o transacción, o tener la legitimidad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir, tener la representación para disponer de ellos, o, en cualquier caso, contar con la facultad de disposición, con fundamento en algún título de carácter jurídico -C-404/16-.

Pues bien, lo primero que hay que indicar es que los titulares del derecho sustancial debatido en el proceso ejecutivo laboral identificado con el radicado 2005-0254, adelantado por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, eran los pensionados a favor de quienes se había reconocido el derecho al reajuste pensional con base en la Ley 6ª de 1992, a través del acta de conciliación celebrada el 23 de febrero de 2005.

Por lo tanto, quienes tenían capacidad para conciliar o transigir con el municipio de San José de Cúcuta, eran los pensionados, pues, se insiste, en estos radicaba la titularidad del derecho sustancial debatido, y no en el abogado ÁIAC. En palabras más claras, el derecho al reajuste pensional se reconoció a favor de los pensionados del municipio de San José de Cúcuta, y no a favor del abogado AC, de modo que los únicos que podían disponer del derecho eran los pensionados.

Entonces, si MERR, MRRU y MLDG, estaban interesados en llevar a cabo un acuerdo sobre la obligación que se estaba ejecutando al interior del proceso ejecutivo laboral identificado con el

radicado 2005-0254, debieron celebrarlo con los titulares del derecho, es decir, los pensionados a favor de quienes se reconoció el reajuste pensional.

Ahora bien, si el abogado ÁIAC se presentó ante el municipio como apoderado judicial de los pensionados, entonces MERR, MRRU y MLDG, estaban obligados a constatar ese específico hecho antes de suscribir el acuerdo, pues, la capacidad es uno de los requisitos de validez de la conciliación o la transacción; sin embargo, los procesados no lo hicieron; por el contrario, celebraron el acuerdo con el abogado, pese a que éste no demostró que actuaba en representación de los titulares del derecho.

En este punto, la Sala quiere destacar que, pese a que el «ACTA DE CONCILIACION SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, TODO SOBRE REAJUSTES PENSIONALES DE LEY 6ª DE 1992» de fecha 25 de febrero de 2005, fue suscrita por el abogado ÁIAC, «en calidad de apoderado de los pensionados», en el referido documento se indicó muy hábilmente que «Es acreedor de esta obligación contraída por el municipio, el Abogado ÁIAC, quien como apoderado de los demandantes con facultad para recibir y conciliar, suscribió este acuerdo y por tanto para una eventual ejecución de esta acta, no requiere de ratificación de los anteriores o suscripción de unos nuevos poderes», cláusula a todas luces ilegal, porque la capacidad es un concepto legal y jurídico del cual no se puede disponer.

Con base en ello, el abogado AC presentó la demanda ejecutiva laboral «a nombre propio», arrogándose una condición de acreedor que legalmente no tenía, en evidente detrimento de los derechos y garantías de los verdaderos titulares de la obligación que se pretendía ejecutar; actuar deshonesto, desleal y contrario a los deberes profesionales del abogado, que fue avalado por la Juez Cuarta Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, cuando admitió y le dio curso a la demanda ejecutiva laboral, pese a la falta de capacidad de quien interpuso la acción.

Mismo error en el que incurrieron MERR, MRRU y MLDG, cuando se comprometieron a entregarle al abogado, directamente, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), pese a que no era el titular del derecho, ni probó que actuaba en representación de los pensionados.

Todo lo anterior condujo a que el abogado AC recibiera para sí ocho mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos y cuarenta centavos

(\$8.286.464.189,40), conforme los comprobantes de egreso 033387, 034030, 047728, 052475, 051531 y 051721, y la orden de pago 0001147.

Ahora bien, cuando al procesado ÁIAC, se le preguntó «¿sírvasse decir sobre qué base documental o procesal se tuvieron en cuenta por parte de los intervinientes y quienes suscribieron el acta, para pactar lo allí acordado y establecer los montos allí fijados?», el testigo contestó lo siguiente: «El acuerdo de abril del 2008 está íntimamente relacionado con el proceso [...] en donde están todos, absolutamente todos los documentos y hasta los procesos ordinarios, es decir, cualquier consulta, cualquier inquietud, cualquier documento que se necesitara respecto de eso estaba en el proceso [...], que en mi caso personal lo tenía sobre mi escritorio. El caso del municipio, también contaban con él, porque es que ese es la herramienta de trabajo, el proceso»; afirmación que no se corresponde con la realidad procesal, pues, como se vio, el abogado instauró la demanda ejecutiva laboral a nombre propio, por lo que no adjuntó los poderes otorgados a él por los titulares del derecho.

MERR, MRRU y MLDG comprometieron al municipio de San José de Cúcuta, a pagar la suma de cinco mil millones de pesos, sin tener claridad sobre el objeto de la obligación

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta libró mandamiento de pago el 18 de julio de ese año, por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago.

Luego, mediante auto del 13 de septiembre de 2006, el despacho ordenó continuar con la ejecución; el 30 de marzo de 2007, el abogado presentó la liquidación del crédito hasta el 10 de abril de 2007, por un valor de \$5.653.626.767,63.

Más adelante, mediante auto del 27 de abril de 2007, el despacho manifestó que las liquidaciones fueron presentadas de manera global, por lo que requirió a las partes «para que elaboren las liquidaciones individuales». Así, el 7 de junio de 2007, el abogado ÁIAC presentó una liquidación del crédito hasta el 31 de mayo de 2007, por valor de \$5.851.521.343,07, la cual fue aprobada mediante auto del 26 de junio de 2007.

Después, mediante auto del 29 de febrero de 2008, el despacho nuevamente requirió al demandante para que «nos allegue nuevamente, en forma concreta lo que en efecto se le ha cancelado y lo que a la fecha se adeuda por la obligación que se demanda...», mismo requerimiento que hizo a la alcaldesa del

municipio a través del oficio N° 0459, del 7 de marzo de ese año.

Ese mismo día, el abogado ÁIAC presentó una liquidación del crédito hasta el 4 de marzo de ese año, por valor de \$6.822.804.143,58, y solicitó que se expidieran los oficios donde se comunicaban las medidas cautelares. Sin embargo, las constancias procesales dan cuenta de que sólo el 24 de junio de 2008, el apoderado judicial del municipio presentó ante el Juzgado la liquidación del crédito.

Esto significa que los funcionarios MERR, MRRU y MLDG se comprometieron a pagar a favor del abogado ÁIAC, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), plegándose a la liquidación presentada por el abogado, pero sin constatar que, en verdad, ese era el valor efectivamente adeudado por el municipio, con lo cual violaron de manera manifiesta la ley.

En efecto, el artículo 3° del Decreto 768 de 1993 -Por el cual se reglamentan los artículos 2°, literal f), del Decreto 2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1998-, dispone que la solicitud de pago de una obligación dineraria establecida en una sentencia de condena a cargo de la Nación, deberá contener, entre otros documentos, aquellos que «por razón del contenido de la condena, sean necesarios para liquidar su valor».

Esto, que podría parecer una obviedad, en realidad es la expresión de los principios de legalidad, racionalidad, economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, de modo que, con independencia de los procesos o trámites internos que fije cada administración, en todo caso la disposición del gasto público debe estar precedido de la liquidación de la obligación a pagar.

En este punto, la Sala quiere destacar que, conforme la liquidación del crédito presentada por el apoderado del municipio el 24 de junio de 2008, para el año 2008 el capital adeudado era de \$3.423.327.548,02 y los intereses debidos hasta el 22 de abril del 2008, correspondían a la suma de \$878.973.642,53, esto es, que el 22 de abril de 2008, la deuda ascendía a \$4.302.301.190,55.

Es decir, MERR, MRRU y MLDG, el 4 de abril de 2008, se comprometieron a pagar a favor del abogado ÁIAC, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), pese a que, conforme la liquidación que posteriormente presentó el apoderado el municipio de San José de Cúcuta, para el 22 de ese mismo mes y año la deuda era de cuatro mil trescientos dos millones,

trescientos un mil ciento noventa pesos y cincuenta y cinco centavos (\$4.302.301.190,55), vale decir, inferior a aquella que fue pactada.

Por último, la afirmación del defensor de ÁIAC, según la cual, para cuando los procesados celebraron el acuerdo -4 de abril de 2008-, en el proceso ejecutivo laboral se contaban con las liquidaciones individuales de los créditos a favor de los demandantes, resulta contraria al principio de corrección material, pues, tales liquidaciones solo se efectuaron el 30 de noviembre de 2010, conforme lo declaró el contador NJZR.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, deber de verificar el monto adeudado / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Gasto público: principios / **CASACIÓN** - Principio de corrección material: se vulnera

MERR, MRRU y MLDG comprometieron al municipio de San José de Cúcuta, a pagar la suma de cinco mil millones de pesos, sin tener claridad sobre el objeto de la obligación

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta libró mandamiento de pago el 18 de julio de ese año, por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago.

Luego, mediante auto del 13 de septiembre de 2006, el despacho ordenó continuar con la ejecución; el 30 de marzo de 2007, el abogado presentó la liquidación del crédito hasta el 10 de abril de 2007, por un valor de \$5.653.626.767,63.

Más adelante, mediante auto del 27 de abril de 2007, el despacho manifestó que las liquidaciones fueron presentadas de manera global, por lo que requirió a las partes «para que elaboren las liquidaciones individuales». Así, el 7 de junio de 2007, el abogado ÁIAC presentó una liquidación del crédito hasta el 31 de mayo de 2007, por valor de \$5.851.521.343,07, la cual fue aprobada mediante auto del 26 de junio de 2007.

Después, mediante auto del 29 de febrero de 2008, el despacho nuevamente requirió al demandante para que «nos allegue nuevamente, en forma concreta lo que en efecto se le ha cancelado y lo que a la fecha se adeuda por la obligación que se demanda...», mismo requerimiento que hizo a la alcaldesa del

municipio a través del oficio N° 0459, del 7 de marzo de ese año.

Ese mismo día, el abogado ÁIAC presentó una liquidación del crédito hasta el 4 de marzo de ese año, por valor de \$6.822.804.143,58, y solicitó que se expidieran los oficios donde se comunicaban las medidas cautelares. Sin embargo, las constancias procesales dan cuenta de que sólo el 24 de junio de 2008, el apoderado judicial del municipio presentó ante el Juzgado la liquidación del crédito.

Esto significa que los funcionarios MERR, MRRU y MLDG se comprometieron a pagar a favor del abogado ÁIAC, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), plegándose a la liquidación presentada por el abogado, pero sin constatar que, en verdad, ese era el valor efectivamente adeudado por el municipio, con lo cual violaron de manera manifiesta la ley.

En efecto, el artículo 3° del Decreto 768 de 1993 -Por el cual se reglamentan los artículos 2°, literal f), del Decreto 2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1998-, dispone que la solicitud de pago de una obligación dineraria establecida en una sentencia de condena a cargo de la Nación, deberá contener, entre otros documentos, aquellos que «por razón del contenido de la condena, sean necesarios para liquidar su valor».

Esto, que podría parecer una obviedad, en realidad es la expresión de los principios de legalidad, racionalidad, economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, de modo que, con independencia de los procesos o trámites internos que fije cada administración, en todo caso la disposición del gasto público debe estar precedido de la liquidación de la obligación a pagar.

En este punto, la Sala quiere destacar que, conforme la liquidación del crédito presentada por el apoderado del municipio el 24 de junio de 2008, para el año 2008 el capital adeudado era de \$3.423.327.548,02 y los intereses debidos hasta el 22 de abril del 2008, correspondían a la suma de \$878.973.642,53, esto es, que el 22 de abril de 2008, la deuda ascendía a \$4.302.301.190,55.

Es decir, MERR, MRRU y MLDG, el 4 de abril de 2008, se comprometieron a pagar a favor del abogado ÁIAC, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), pese a que, conforme la liquidación que posteriormente presentó el apoderado el municipio de San José de Cúcuta, para el 22 de ese mismo mes y año la deuda era de cuatro mil trescientos dos millones,

trescientos un mil ciento noventa pesos y cincuenta y cinco centavos (\$4.302.301.190,55), vale decir, inferior a aquella que fue pactada.

Por último, la afirmación del defensor de ÁIAC, según la cual, para cuando los procesados celebraron el acuerdo -4 de abril de 2008-, en el proceso ejecutivo laboral se contaban con las liquidaciones individuales de los créditos a favor de los demandantes, resulta contraria al principio de corrección material, pues, tales liquidaciones solo se efectuaron el 30 de noviembre de 2010, conforme lo declaró el contador NJZR.

PECULADO POR APROPIACIÓN - Demostración / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: Alcalde / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: Secretario de Hacienda / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es una sentencia judicial acto administrativo / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado

Sobre la responsabilidad penal de MERR, MRRU y ÁIAC por el delito de peculado por apropiación **MERR, MRRU y ÁIAC, fueron acusados por el delito de peculado por apropiación agravado** - por la cuantía-, a los dos primeros en calidad de coautores y al último en calidad de coautor interviniente.

En la audiencia de formulación de imputación y en la acusación, se le enrostró a MERR y MRRU el delito de peculado por apropiación agravado, porque en su condición de alcaldesa y secretario de hacienda del municipio de San José de Cúcuta, respectivamente, tenían la disposición material y funcional de los dineros del municipio y se apropiaron ilegalmente, en favor del abogado ÁIAC, de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000); dinero cuya custodia se les había confiado con ocasión de sus funciones.

Ese mismo delito se le imputó al abogado ÁIAC, pero en calidad de interviniente, en tanto, no tenía la calidad exigida el tipo penal -servidor público-, pero participó en el mismo en forma determinante, pues, fue la persona que finalmente se apropió de los dineros del Estado, en la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000).

Pues bien, en el presente asunto se probó que para el 4 de abril de 2008 -fecha en la que se llevó

a cabo el acuerdo de pago manifiestamente contrario a la ley- MERR y MRRU, eran servidores públicos -alcaldesa y secretario de hacienda del municipio de San José de Cúcuta- y tenían la disposición material y funcional de los dineros del municipio.

En efecto, MERR ostentaba el cargo de Alcaldesa del municipio de San José de Cúcuta, por tanto, ordenadora del gasto, lo que implica que tenía la capacidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto de la entidad territorial que representaba, de acuerdo con el plan presupuestal. Por su parte, MRRU, en su condición de secretario de hacienda de la entidad, tenía como función principal «Realizar oportunamente los cobros, recaudos y pagos programados, garantizando la liquidez requerida para la normal operación de la organización y la debida administración de los recursos».

Por lo tanto, contrario a lo referido por el Tribunal en la sentencia impugnada, para quien en el presente asunto no se probó que RU «tenía el deber de custodiar y disponer de los bienes del patrimonio del Estado», no cabe duda que ambos servidores públicos tenían la disponibilidad material y jurídica de los dineros del municipio de San José de Cúcuta, en razón de su vinculación con la administración pública, dineros que se encontraban bajo su custodia.

Por otra parte, se probó que el acuerdo de pago celebrado por los procesados se constituyó en el medio a través del cual MERR y MRRU dispusieron de los dineros del municipio por una cuantía de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), logrando que un tercero, ÁIAC, se apropiara ilegalmente de dicho valor.

Así, ÁIAC recibió la suma referida a través de nueve cheques que fueron girados a su nombre, los cuales cobró por ventanilla y en efectivo, por un valor total de dos mil setecientos cincuenta y dos millones quinientos mil pesos (\$2.752.500.000). Y un cheque más, que fue girado por un valor de doscientos cuarenta y siete millones quinientos mil pesos (\$247.500.000), a favor del Banco Agrario de Colombia S.A., por solicitud que AC hiciera para cumplir una obligación contraída con RGC, la cual se estaba ejecutando judicialmente ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta, perfeccionándose de este modo el delito de peculado por apropiación agravado.

En conclusión, se acreditó la evidente relación de instrumentalidad entre el delito medio (prevaricato por acción), el cual fue utilizado para alcanzar el objetivo propuesto, que se logró cuando se esquilmo el erario a través del delito fin (peculado por apropiación agravado),

conductas que ontológica, cronológica y jurídicamente son distintas.

Tampoco puede perderse de vista que el comportamiento desplegado por MERR y MRRU, estuvo articulado con el del interviniente, ÁIAC, en la realización de las conductas dirigidas de manera concertada a la apropiación de los dineros del Estado.

Ahora bien, el Tribunal, para absolver por este reato a los procesados, manifestó que «sobre el dinero entregado al señor abogado ÁIAC, sólo se determinó el rubro del presupuesto afectado, la cantidad de dinero, la orden de pago y la forma en que fueron cancelados (10 cheques), pero sobre la apropiación en cabeza del funcionario o en beneficio de un tercero, no se dijo nada durante la audiencia del juicio oral. Es decir, si se pretendía demostrar que los acusados habían obtenido una parte del dinero, sorprende a la Sala la ausencia en el juicio oral de medios probatorios que permitieran establecer el destino del dinero».

La Sala encuentra que el razonamiento del Tribunal no resulta acertado, pues desde los hechos jurídicamente relevantes quedó absolutamente claro que la teoría del caso de la Fiscalía consistió en que MERR y MRRU se apropiaron de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), en favor de un tercero y no para sí, hecho que, como se vio líneas arriba, fue acreditado más allá de toda duda razonable en el juicio.

De otro lado, dijo el Tribunal que «no se demostró la apropiación del dinero público en cabeza de alguno de los servidores o de un tercero», ni se acreditó que «el dinero no fue a parar a manos de los pensionados, y honorarios del abogado, ni demostró que el dinero fue a manos exclusivamente del abogado o de los otros acusados por este delito y todo ello porque el Fiscal se dedicó a especular sobre la Ley 6 de 1992, la inexequibilidad de la ley o bien sobre los requisitos de una conciliación en materia laboral».

Tal argumento del Tribunal tampoco se ajusta a la realidad, pues, contrario a lo señalado, en el juicio oral se probó más allá de toda duda razonable que el abogado ÁIAC se apropió de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), dinero que sí fue a parar directamente a su patrimonio, hecho que está demostrado.

Por último, dijo el Tribunal que «Existiendo al interior del proceso ejecutivo laboral abundantes poderes, inclusive ratificados, poderes estos que autorizaban al apoderado para “recibir”, no

entiende la Sala como es que el Fiscal edificó el presunto peculado, ya que el dinero correspondía, como hechos dicho, al rubro de sentencias y conciliaciones, se trataba de pago de sentencias y los pensionados habían otorgado poder al procesado AC, luego no se entiende como se afirma que hubo un “apoderamiento” si lo que se dio fue el pago de una obligación, dentro de un proceso ejecutivo, en ese momento, en plena actividad».

Esta afirmación, igualmente, no se acompasa con la realidad, pues, como se vio, no se probó que el abogado ÁIAC tenía capacidad para representar a los pensionados, ni mucho menos, se identificó o relacionó a cada uno de sus supuestos representados, ni la cuota parte o el monto que supuestamente le correspondía a cada uno.

En este punto cobra relevancia precisar que existe un evidente e inescindible nexo entre los delitos examinados, no solo porque representen una relación de medio a fin, sino en atención a que la naturaleza específica de uno, determina la materialidad del otro.

En efecto, la indeterminación, indefinición y ostensibles omisiones advertidas en el acuerdo suscrito entre los funcionarios municipales y el abogado, fue decisivo para que se pagara al abogado la suma finalmente entregada sin ningún asidero legal, de modo que el dinero se dirigió exclusivamente a engrosar las arcas del profesional del derecho, en tanto, no se acreditó que AC hubiere entregado a todos los demandantes el valor que supuestamente les correspondía a cada uno de ellos, sin que sea posible asumir que el documento reprochado, dadas sus ostensibles limitaciones, pueda servir para librar al ente municipal del pago de obligaciones de cualquier índole, con lo cual, entonces, se compensaría lo pagado, o mejor, debería asumirse destinado a cubrir un fin legítimo.

Cuando, como se dijo ampliamente, el documento en mención incumple mínimos legales, al punto de no precisar a quiénes o en qué cantidad se cubren supuestas obligaciones laborales, ni la razón por la cual se entrega la millonaria suma a un abogado que ninguna legitimidad exhibe para el efecto, apenas puede concluirse que este se erigió en medio ilegal para disponer alegremente de los dineros municipales, en auténtica sustracción punible, pues, las explicaciones que en este sentido entregan todos los acusados, cuando más componen la explicación de su actuar, pero de ninguna manera entregan al acuerdo unos efectos legales de los cuales carece.

En consecuencia, dentro del presente asunto se demostró más allá de toda duda razonable la existencia del delito de peculado por apropiación

agravado y la responsabilidad de MERR, MRRU y AIAC, en su comisión.

Inicio

14. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA -

Acusación y sentencia: variación de la calificación en la sentencia, de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado a acceso carnal violento agravado / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: al estudiar la posibilidad de emitir condena por un delito de menor entidad, no debe tomarse como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador

La Sala de Casación Penal se pronunció oficiosamente sobre la posible vulneración del principio de congruencia, con ocasión de la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 30 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al acusado como coautor de acceso carnal violento agravado y autor de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.

Como consecuencia de lo anterior, declaró a A.A.V.M. coautor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en lugar de coautor responsable del delito de acceso carnal violento agravado.

Lo anterior por cuanto, a juicio de la Sala, la variación de la calificación jurídica hecha por el juzgador, del delito de acceso carnal violento agravado, en lugar del de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, que fuera objeto de acusación, no se realizó con observancia de las reglas jurisprudenciales que rigen la materia; toda vez que, aunque se mantuvo el núcleo fáctico de la imputación y no se advierte indefensión, se modificó la calificación jurídica por un delito que no puede ser considerado de menor o igual entidad, aunque tengan señalada la misma pena.

SP209-2023(56244) de 07/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. A.A.V.M. y L.M.E.A.A. tuvieron una relación que perduró por diez (10) años, producto de la cual nació el menor de iniciales J.E.V.A., vínculo que feneció por violencia intrafamiliar, regulándose en todo caso cuota de alimentos y visitas, precisándose que después de la separación el procesado recogía a su descendiente en el colegio o la denunciante se lo llevaba a su residencia.

2. Cuando L.M.E.A.A. se hallaba en el inmueble que habitaba el acusado, J.E.V.A. comenzó a tocarse el pene, quejándose porque sentía dolor en esa parte de su cuerpo, expeliendo olor a orina, momento en el cual les comentó a sus padres que su primo C le tocaba sus partes íntimas, reaccionando A.A.V.M. en forma airada y calificando al pequeño como mentiroso.

3. La denunciante llevó a su descendiente a un lugar en el que estuvieron a solas, conociendo mientras el menor lloraba que su primo C le quitaba la ropa, le tocaba el pene y los glúteos, como también que en días anteriores había llegado cansado por jugar a los gays, pues se daba besos en la boca con otro menor de edad y unas gemelas que vivían en la casa de su progenitor.

4. Se verificó que por ello J.E.V.A. fue examinado el 20 de noviembre del año 2015, por un experto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

5. Se demostró que se inició un proceso de restablecimiento de derechos, actividad terapéutica producto de la cual J.E.V.A. reveló a su progenitora y a su hermana que A.A.V.M. estaba presente cuando era accedido carnalmente por su primo, siendo golpeado cuando no permitía que su agresor sexual lo accediera con lo que dijo era un 'piedra'.

6. El niño comentó que su padre le mostraba revistas y películas pornográficas, en las que veía lo mismo que su primo le hacía, como también otro tipo de contenidos eróticos en los que menores de edad eran abusados.

7. A.A.V.M. amenazaba a su hijo con matarlo y quemarlo, en caso de que revelara las vivencias de contenido sexual que debió afrontar, siendo esa la razón que generó que el ofendido no revelara toda su realidad desde un primer momento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto: garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica y personal es absoluta / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia procede siempre que se trate de delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

«El principio de congruencia, como garantía estructural en los sistemas procesales que consagran la separación funcional de las labores de acusación y juzgamiento, implica que el fallo judicial debe ser consonante o concordante con la acusación en el aspecto personal (la persona acusada), fáctico (los hechos jurídicamente relevantes), y jurídico (la calificación o valoración jurídica de la conducta).

[...]

La congruencia constituye un límite a las facultades del juzgador. Por principio, el juez no puede fallar sobre hechos que no fueron imputados, ni por delitos que no fueron objeto de acusación. Pero también está relacionada con el derecho a conocer los fundamentos de la acusación, el derecho a la defensa y el derecho a la controversia o contradicción.

Esto ha llevado a la sala a insistir en la necesidad de que la fiscalía exponga clara y sucintamente en la acusación los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto inciden en otros temas transversales del juicio, como es el tema de prueba y el derecho de defensa. Precisamente por esta incidencia es que se ha considerado que los hechos expuestos en la acusación son intangibles e inmodificables (congruencia sobre el núcleo fáctico).

[...]

Sin embargo, la Sala ha sostenido que mientras la congruencia es rígida en su dimensión fáctica, es flexible en su dimensión jurídica, por lo que es posible que el juez se aparte de la calificación jurídica formulada por la fiscalía y condene por un delito distinto, siempre y cuando concurren ciertas condiciones. [...]

De acuerdo con este entendimiento, la variación de la calificación jurídica procede incluso cuando

la nueva calificación no corresponda al mismo título o capítulo del Código Penal, siempre y cuando la modificación se oriente hacia un delito de igual o menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación en la sentencia, de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado a acceso carnal violento agravado / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el acceso carnal violento / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: al estudiar la posibilidad de emitir condena por un delito de menor entidad, no debe tomarse como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador

«En el caso concreto, la Sala encuentra que el núcleo fáctico se mantuvo inalterado desde la audiencia de formulación de imputación hasta la sentencia condenatoria. El fallo es fácticamente congruente con la comunicación y la formulación de los cargos.

[...]

El juzgador, entonces, acogió el criterio de la congruencia flexible para calificar la situación fáctica con el delito de acceso carnal violento agravado, en lugar del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado que fuera objeto de acusación, apartándose en este punto de la postulación del fiscal.

La Sala encuentra que esta variación no se realizó con observancia de las reglas jurisprudenciales que rigen la materia, toda vez que, aunque se mantuvo el núcleo fáctico de la imputación y no se advierte indefensión, se modificó la calificación jurídica por un delito que no puede ser considerado de menor o igual entidad, aunque tengan señalada la misma pena.

El delito de acceso carnal violento constituye una de las formas típicas de violación, ubicado en el capítulo primero del título IV del C.P., mientras que el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años constituye una de las formas típicas de actos sexuales abusivos, ubicado en el capítulo segundo del mismo título del C.P. Aunque se trata, en ambos casos, de agresiones sexuales, su significado y formas de realización son diferentes.

[...]

Esta diferencia ontológica y normativa entre las conductas constitutivas de violación y las conductas constitutivas de actos sexuales

abusivos, históricamente también se vio representada en el ámbito de la proporcionalidad de las penas, considerándose, sin lugar a dudas, de mayor gravedad y significación a las primeras.

[...]

Las consideraciones de la Corte Constitucional en C-521 /09, también indican que, aunque los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en su forma básica, actualmente se sancionen con la misma pena de prisión, su significado y lesividad son diferentes.

Por lo anterior, al variarse la calificación jurídica del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208 C.P.), al delito de acceso carnal violento (art. 205 C.P.), la Sala advierte la

vulneración del principio de congruencia, en cuanto no puede considerarse una variación favorable, o por un delito de menor o igual entidad.

En la evaluación de la menor o igual entidad de una conducta punible, que habilita al juzgador para apartarse de la acusación en los términos señalados por la jurisprudencia de la Sala, no se debe tomar como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador.

La Sala, entonces, casará oficiosamente la sentencia y la ajustará a los términos de la acusación, aunque, conforme a lo explicado, no haya lugar a redosificación punitiva, por tratarse de delitos sancionados con la misma pena».

Inicio

15. EXTRADICIÓN - Instrumento de cooperación internacional: protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000 / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFIA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Obligaciones de los Estados para ejercer su jurisdicción frente a los delitos señalados en la convención / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFIA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Cooperación judicial internacional (extradición): no prima frente a la obligación de cada Estado de impedir la impunidad en su territorio / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando el hecho genera consecuencias negativas para el país requirente / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando exista regulación internacional que permita crear una ficción territorial

La Sala de Casación Penal, emitió concepto desfavorable sobre la solicitud de extradición del ciudadano peruano-estadounidense H.P.R.B. formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Lo anterior, al considerar que, las conductas atribuidas a H.P.R.B. ocurrieron, en su totalidad, en Colombia, las víctimas son de nacionalidad colombiana y los hechos ya están siendo objeto de juzgamiento por las autoridades judiciales competentes de este país.

Para el efecto, la Sala, dando aplicación a los principios de territorialidad, soberanía nacional y aut dedere aut judicare; así como, a las prerrogativas consagradas en el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000, privilegió la aplicación de la ley colombiana.

CP143-2023(58921) de 21/06/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal n.º 1210 del 4 de septiembre 2020, pidió la detención provisional con fines de extradición de H.P.R.B., con fundamento en el «criminal complaint» n.º 20 CR

2019, emitido el 28 de abril de 2020, por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois, por el delito de «viajar al extranjero con fines comerciales con la intención de involucrarse en conductas sexuales ilícitas con menores edad».

2. El Fiscal General de la Nación, mediante resolución del 9 de septiembre de 2020, decretó la captura con fines de extradición de H.P.R.B., proveído notificado al solicitado el día 13 de noviembre del mismo año, al momento de efectuar su aprehensión.

3. A través de la Comunicación Diplomática n.º 0015 del 8 de enero de 2021, el Gobierno norteamericano formalizó el requerimiento de extradición.

4. El 28 de enero posterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a la Corte la documentación enviada por la Embajada norteamericana, debidamente traducida y autenticada, previo concepto de su homólogo de Relaciones Exteriores sobre la aplicación del ordenamiento procesal penal colombiano en el presente caso.

5. Luego de recibida la actuación en la Corporación, el Ministerio de Justicia y del Derecho informó que, mediante Nota Verbal n.º 2142 del 4 de noviembre de esa anualidad, la embajada estadounidense complementó la solicitud de extradición y allegó copia de la Acusación Formal en el caso n.º 20 CR 209 (también referido como Caso 1:20-CR-002009 y Caso 20cr209) emitida el 28 de abril de 2021 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois, en la que se le formulan tres cargos a H.P.R.B., aclarando que «La Acusación es ahora el documento operativo de acusación que sustenta la base de las solicitudes de extradición realizadas en este caso».

6. En auto AP2172-2022 del 18 de mayo de 2022 la Sala decretó la solicitud tendiente a garantizar el principio constitucional del non bis in ídem y en ese sentido, establecer si el reclamado estaba siendo procesado en nuestro país por los hechos materia de juzgamiento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Validez formal de la documentación: variación del documento por medio del cual se sustenta la acusación, no afecta los derechos del solicitado, siempre que no comprometa los hechos ni los cargos que lo sustentan

«Atendiendo que el país requirente mediante petición formal de extradición n.º 2142 del 4 de noviembre de 2021, precisó que el 28 de abril de esa anualidad, la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois profirió Acusación Formal en el caso n.º [...] (Caso [...] y Caso [...]) en contra del ciudadano peruano-estadounidense HPRB, la Sala abordará el análisis del presente concepto con fundamento en esa acusación, en tanto que la misma, como bien indicó el gobierno norteamericano, reemplaza el “criminal complaint” n.º [...], proferido el 28 de abril de 2020, por esa misma autoridad judicial.

Esta situación, no afecta las garantías del reclamado, en la medida que esta nueva documentación solo compromete el nombre y la fecha que identifica la acusación, más no los hechos ni los cargos que la sustentan, los cuales se concretan en los delitos de por “Concierto de tráfico sexual de menores”, “Viajar en el comercio internacional para involucrarse en conductas sexuales ilícitas” y “Viajar en el comercio internacional e involucrarse en conductas sexuales ilícitas en un país extranjero con una persona menor de 18 años de edad”.»

EXTRADICIÓN - Estados Unidos: inaplicación del tratado suscrito por las partes contratantes, por no existir una ley que lo incorpore al ordenamiento jurídico interno / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: normatividad aplicable / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: requisitos

«De conformidad con el artículo 35 de la Constitución Nacional, modificado por el precepto 1º del Acto Legislativo n.º 01 de 1997, la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley, verbigracia, la 906 de 2004, en su artículo 490 y siguientes.

Cabe señalar que el 14 de septiembre de 1979 se suscribió entre Colombia y los Estados Unidos de América un “Tratado de Extradición” que se encuentra vigente, en la medida que las partes contratantes no lo han dado por terminado, denunciado, celebrado uno nuevo o acudido a alguno de los mecanismos previstos en la «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969» para su abolición.

A pesar de lo anterior, actualmente no resulta posible aplicar sus cláusulas en nuestro país ante la ausencia de una ley que lo incorpore al ordenamiento interno, como lo exigen los preceptos 150-14 y 241-10 de la Constitución Política, pues, aunque en el pasado se expidieron con tal propósito las Leyes 27 de 1980 y 68 de

1986, la Corte Suprema de Justicia las declaró inexecutable por vicios de forma.

Por esa razón, la competencia de la Corporación, cuando se trata de emitir concepto sobre la procedencia de extraditar o no a una persona solicitada por el Gobierno norteamericano, se circunscribe a constatar el cumplimiento de las exigencias contenidas en las normas del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de emitir el respectivo concepto, toda vez que éstas regulan la materia y posibilitan cumplir con los compromisos de cooperación judicial adquiridos por Colombia, orientados a fortalecer la lucha contra la criminalidad transnacional»

EXTRADICIÓN - Instrumento de cooperación internacional: protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000 / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Obligaciones de los Estados para ejercer su jurisdicción frente a los delitos señalados en la convención / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Cooperación judicial internacional (extradición)

«En el caso examinado, conforme lo señaló el Ministerio de Relaciones Exteriores, debe estudiarse el requerimiento de los Estados Unidos de América con fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, pese a que la Cancillería no mencionó la existencia de algún instrumento internacional aplicable, ni el pedido de extradición se fundamenta en norma convencional alguna, la Sala estima que en el presente caso, por haber sido incorporado al ordenamiento jurídico interno, resulta viable acudir al “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000”, aprobado mediante la Ley 765 del 31 de julio de 2002.

La mencionada Convención contiene, en términos generales, una serie de compromisos internacionales encaminados a encauzar la

cooperación legislativa y judicial entre los Estados Parte con el fin de prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1° de la misma, dirigidos contra los niños, niñas y adolescentes.

[...] la expedición del presente concepto debe fundarse en la verificación del cumplimiento de las exigencias contenidas en el ordenamiento jurídico interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución Nacional, y en las directrices del referido protocolo.

Bajo ese panorama, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 490, 493, 495 y 502 de la Ley 906 de 2004, los requisitos se concretan en verificar (i) la validez formal de la documentación allegada por el país petente; (ii) la demostración plena de la identidad de la persona exhortada; (iii) la concurrencia de la doble incriminación, esto es, que el hecho que motiva la solicitud de extradición sea delito tanto en el Estado reclamante como en Colombia, y además que la legislación nacional lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y; (iv) la equivalencia que debe existir entre la providencia proferida en el extranjero y —por lo menos— la acusación del sistema procesal interno.»

EXTRADICIÓN - Instrumento de cooperación internacional / **EXTRADICIÓN** - Finalidad / **EXTRADICIÓN** - Principio aut dedere aut judicare / **EXTRADICIÓN** - Concepto desfavorable: el Estado requerido queda comprometido a iniciar la investigación

«La extradición es un mecanismo de cooperación jurídica internacional que tiene como propósitos principales evitar la impunidad y, asegurar la investigación, juzgamiento y sanción, especialmente, de aquellos delitos de naturaleza transnacional. [...]

Esta figura surgió por el interés de los Estados en lograr que los delitos cometidos en su territorio, total o parcialmente, sean efectivamente juzgados y se soporta, principalmente, en el principio aut dedere aut judicare. Conforme a éste, los Estados están obligados a perseguir internamente o, en su defecto, a poner a disposición de otro Estado al responsable. La obligación, en verdad, es de cooperación internacional en la persecución, pero en su concreción los Estados tienen la prerrogativa de elegir entre la judicialización nacional o la extradición.

Dicho mecanismo propende, además, por contribuir a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de ayuda y cooperación mutuas entre las naciones. De ahí

que, cuando un Estado, en ejercicio de tal prerrogativa, decide no concederla, habrá de cumplir la carga que deriva del axioma *aut dedere aut judicare*, esto es, la de investigar y juzgar al requerido bajo las leyes nacionales (CSJ CP184-2021 17 nov. 2021 rad. 53719).

La extradición no tiene carácter sancionatorio, tratándose, en realidad, de un procedimiento jurídico administrativo que, en todo caso, ha de desarrollarse con observancia del debido proceso y los derechos fundamentales inherentes a la persona solicitada bajo tal trámite.»

EXTRADICIÓN - Non bis in ídem: procedencia, exclusivamente frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada

«Además de lo establecido en los artículos 493 y 502 del Código de Procedimiento Penal, la Corte ha venido sosteniendo que la inobservancia del principio de non bis in ídem se puede erigir en causal de improcedencia de la extradición, sólo si para el momento en que se emite el concepto existe cosa juzgada, es decir, si media sentencia en firme o providencia ejecutoriada, respecto de los hechos por los cuales se requiere a la persona, que tenga igual fuerza vinculante.

En este caso, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol -DIJIN-, en respuesta al requerimiento efectuado, refirió que, una vez consultada la información sistematizada de antecedentes, las únicas anotaciones que registra el requerido son: (i) una orden de captura por cuenta de este trámite de extradición y (ii) una medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Once Penal Municipal de Medellín [...].

Por otra parte, la Fiscalía General de la Nación indicó que contra HPRB se adelanta una investigación bajo el radicado n.º [...] por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, suministro a menor, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y turismo sexual que adelanta la Fiscalía 14 Seccional de Medellín ante el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín.

Con fundamento en ese proceso es que el defensor propone que se emita concepto desfavorable a la solicitud de extradición de su prohijado, por cuanto allí, asegura, se juzgan los mismos hechos que fundan el pedido de entrega. [...]

Al comparar el contexto fáctico del escrito de acusación presentado ante el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín con la acusación foránea, la Sala evidencia que los hechos que motivan el juzgamiento en Colombia, en

concreto, que el reclamado, entre los años 2015 y 2017, viajó en múltiples oportunidades a este país con el propósito de sostener relaciones sexuales con niñas menores de dieciocho años, a cambio de una remuneración económica, tienen similitud con los referidos en el indictment n.º [...] formulado por Estados Unidos de América.

Lo anterior, podría eventualmente dar paso a la oponibilidad de la cosa juzgada, si no fuera porque en esa causa, aún no se ha proferido una sentencia condenatoria en contra del requerido. De acuerdo con la información suministrada por el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, a la fecha no se ha finalizado el juicio oral.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que: el doble juzgamiento puede erigirse en causal de improcedencia de la extradición sólo si para el momento en que se emite el concepto existe cosa juzgada, es decir, si media sentencia en firme o providencia ejecutoriada que tenga igual fuerza vinculante y, si adicionalmente se está frente a una de las hipótesis que autorizan la aplicación del principio... (CSJ CP, 14 Nov. 2012, rad. 39575. Citado en CSJ CP036-2018, 21 mar. 2018, rad. 49006).

En esa medida, como en Colombia aún no existe cosa juzgada frente a los hechos que también motivan el trámite de extradición de HPRB, la Sala no emitirá un concepto desfavorable por esta circunstancia.»

EXTRADICIÓN - Lugar de comisión del delito: teoría de la ubicuidad / **EXTRADICIÓN** - Principio de territorialidad / **EXTRADICIÓN** - Principio de extraterritorialidad / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando el hecho genera consecuencias negativas para el país requirente / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando exista regulación internacional que permita crear una ficción territorial / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Obligaciones de los Estados para ejercer su jurisdicción frente a los delitos señalados en la convención / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Cooperación judicial internacional (extradición):

no prima frente a la obligación de cada Estado de impedir la impunidad en su territorio / **EXTRADICIÓN** - Prevalencia de la jurisdicción nacional sobre la extranjera: análisis del caso

«Atendiendo que el solicitado en extradición no es ciudadano colombiano, en principio, no habría lugar a evaluar la causal relacionada con el lugar de comisión de los delitos. Sin embargo, en consideración a que en el presente asunto ni el Ministerio de Relaciones Exteriores, ni el pedido de extradición invocan norma convencional alguna, Sala estima que dicha previsión constitucional debe ser examinada, en armonía con el principio de territorialidad previsto en el artículo 14 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto las conductas objeto de imputación y fundantes del pedido de entrega, de evidenciarse su materialización, acaecieron exclusivamente en territorio de Colombia. De ahí que la aplicación de la ley colombiana debe resultar privilegiada en el juzgamiento de los hechos por los que el ciudadano extranjero es solicitado.

Para ese efecto, es oportuno recordar que la determinación del lugar de comisión del delito para efectos de la aplicación de la ley penal colombiana en el espacio se rige en nuestro ordenamiento por la teoría de la ubicuidad, que considera cometida la conducta punible: (i) en donde se desarrolló total o parcialmente la acción; (ii) en el lugar donde debió realizarse la acción omitida o; (iii) en el sitio donde se produjo o debió materializarse el resultado.

Si uno de estos dos extremos (acción-omisión o resultado) se cumple en el territorio nacional, y el otro fuera del mismo, la conducta, para efectos de la aplicación de la ley penal colombiana, se puede considerar cometida en Colombia o en el exterior. Pero, si ambos extremos tienen realización material en el territorio nacional, el delito se asume cometido en Colombia. [...]

Los principios de territorialidad y extraterritorialidad previstos en los artículos 14 y 16 del Código Penal, modificado este último por el artículo 22 de la ley 1121 de 2006, autorizan la aplicación de la ley penal a todas las personas que la contravengan en territorio nacional o en alguna de las hipótesis del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Estas por constituir principios de derecho internacional son de forzosa observancia dentro del ordenamiento jurídico interno por mandato del artículo 9 Superior. En igual medida ostentan el carácter de doble vía, dado que facultan a las autoridades colombianas para investigar conductas realizadas total o parcialmente en el exterior, y, legitiman a las extranjeras para adelantar la

acción penal por hechos ocurridos parcial o totalmente en nuestro territorio.

Precisamente, frente a este último escenario, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la viabilidad de aplicar la ley extranjera a personas que han cometido hechos delictivos en el territorio colombiano, y, por consiguiente, ha autorizado la extradición, en los siguientes casos: (i) cuando se trata de delitos típicamente transnacionales con efectos reales o presuntos en el extranjero, o (ii) cuando se está frente a la existencia de normas de carácter internacional «en virtud de las cuales se justificará tanto la extensión de la ley colombiana a actos, situaciones o personas que se encuentran en el extranjero, como la aplicación de la ley extranjera, en ciertos casos, en el territorio colombiano» (C-1189 /2000).

En ese orden, no es relevante si el Estado requirente se atribuye competencia, extraterritorial o universal, para investigar o juzgar las conductas que motivaron el pedido de extradición, pues lo significativo es: (i) si los hechos se materializaron o tuvieron efecto, total o parcialmente, en el extranjero, o si, (ii) excepcionalmente, en virtud de una norma de carácter internacional, es posible acudir a una ficción territorial.

En esa medida, conforme con la primera hipótesis, corresponde verificar si las conductas delictivas por las que se pretende la extradición se materializaron o tuvieron efecto, total o parcialmente, en el territorio del país reclamante.

Confrontados los cargos imputados a HPRB en la acusación que sirve de fundamento a la solicitud de extradición, se establece, sin mayores dificultades, que los comportamientos delictivos que se le endilgan, consistentes en concertarse con otras personas para contactar diversas niñas y adolescentes entre los catorce y diecisiete años de edad y, ofrecerles dinero a cambio de sostener relaciones sexuales con ellas, sucedieron y tuvieron efectos, únicamente, en territorio colombiano.

[...]

Es muy específico y claro el pliego de cargos en señalar que las conductas delictivas objeto del pedido de extradición se materializaron en Colombia, y aun cuando se alude a la afectación de intereses de los Estados Unidos de América con la realización de los hechos punibles, nada conduce a considerar que dicho menoscabo haya comprendido el despliegue de actos objeto de reproche por fuera de los límites del territorio colombiano. Máxime cuando la referencia que se hace a los encuentros de índole sexual

propiciados y patrocinados por el requerido, de acuerdo con los presupuestos indicados, tuvieron lugar en Medellín, Copacabana y Cartagena, y, que las víctimas de esos ilícitos eran niñas y adolescentes de nacionalidad colombiana -que no superaban la mayoría de edad-.

Pues bien, una vez establecido que los hechos se materializaron, a cabalidad, en territorio colombiano, con lo cual descarta la aplicación de la primera de las hipótesis, lo procedente es constatar si se presenta en este evento la segunda hipótesis, esto es, si se está frente a la existencia de alguna norma de carácter internacional que contemple una ficción territorial que, excepcionalmente, permita al Estado reclamante juzgar conductas punibles ocurridas totalmente en el territorio nacional.

Esta solución no depende de la ocurrencia material o presunta —ya sea por su ejecución o por sus resultados parciales— del delito en el exterior, sino de la ficción creada por una norma internacional.

En este caso, según lo conceptuó el Ministerio de Relaciones Exteriores, no existe ningún tratado o convención vigente entre Colombia y Estados Unidos de América que sirva de marco normativo a la solicitud. Sin embargo, como se dijo en el acápite 3.3., la Sala advierte de la existencia de un Convenio multilateral aplicable al presente trámite. Se trata del «Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000», incorporado a nuestra legislación interna mediante la Ley 765 del 31 de julio de 2002.

Dicho instrumento internacional establece en el artículo 4° que todo Estado Parte podrá adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción respecto a los delitos allí contenidos «Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio». Así mismo, prevé en su artículo 5, numeral 4 que, para efectos de la extradición entre Estados Parte, los delitos “se consideraran cometidos no solamente en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a hacer efectiva su jurisdicción”, lo que implica que establece una ficción territorial como mecanismo de cooperación para enfrentar esta criminalidad. Ello permite sostener que conforme a esta cláusula, en principio, el Estado requirente podría también ejercer jurisdicción en los términos del tratado multilateral. Sin embargo, como se expone a continuación el imperio del

principio de territorialidad, y la afectación exclusiva de intereses del Estado requerido permiten afirmar el ejercicio prevalente de la jurisdicción colombiana.

En este orden de ideas, desde el punto de vista de Colombia, en tanto Estado Parte, el protocolo consigna diversas obligaciones de cooperación internacional encaminadas todas ellas a hacerle frente a los delitos de «venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil». En especial, las de (i) adoptar medidas legislativas y administrativas dirigidas a la prevención y sanción de los mismos; (ii) brindar asistencia en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a esos delitos; (iii) disponer medidas para incautar y confiscar los bienes empleados para la comisión de esas conductas delictivas, así como de las utilidades derivadas de ellas y; (iv) garantizar los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente protocolo en todas las fases del proceso penal.

Dentro de ese deber general de adoptar medidas de carácter interno, el protocolo dispone que cada Estado Parte deberá establecer su jurisdicción cuando quiera que el delito haya sido cometido directamente en su territorio; por sus nacionales o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio; o cuando la víctima sea nacional de ese Estado.

De igual manera, allí se precisa, que nada de lo dispuesto en ese instrumento internacional excluirá el ejercicio de la jurisdicción penal de conformidad con la legislación nacional; y que igualmente, si un Estado Parte decide no conceder la extradición de la persona pretendida, deberá someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de su enjuiciamiento, sin excepción alguna. Esto constituye una manifestación del ejercicio de su soberanía territorial. Se trata por tanto de aplicar el principio de territorialidad de la ley penal.

Como se vio, en este caso los comportamientos por los que se pretende la entrega fueron cometidos exclusivamente en territorio colombiano y las múltiples víctimas de las conductas perpetradas por HPRB son de nacionalidad colombiana, con lo cual se satisfacen los presupuestos indicados en el numeral 1° y literal b) del numeral 2° del artículo 4 del precitado protocolo, para que Colombia haga efectiva su jurisdicción respecto a esos delitos.

Bajo esa línea, adquiere preponderancia el hecho de que las víctimas de esos hechos ilícitos eran niñas menores de dieciocho años -de

nacionalidad colombiana-, a quienes el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos internacionales ratificados por este país, exigen brindar una especial protección, en la que se incluyen, medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlas contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, trato negligente, o explotación, incluido el abuso sexual. De igual forma, cuando un niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito de esa naturaleza, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar las medidas de protección necesarias y, de garantizar sus derechos e intereses en todas las fases del proceso penal.

Aquí, es oportuno recordar que el artículo 11 del «Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía» preceptúa que nada de lo dispuesto en ese instrumento se entenderá en perjuicio de cualquier disposición más propicia a la realización de los derechos del niño que esté contenida en la legislación de un Estado Parte o en el Derecho Internacional en vigor con respecto a ese Estado.

En ese sentido, Colombia ha suscrito diversos convenios internacionales y ha adoptado múltiples disposiciones legales para hacer efectiva su jurisdicción frente a los actos o comportamientos de tipo sexual ejercidos sobre un niño, niña o adolescente y, para juzgar a todos los participantes en el comercio sexual. De manera que, el ordenamiento jurídico interno cuenta con las herramientas legales adecuadas para efectuar la investigación y juzgamiento de los hechos que sustentan el pedido de extradición y, así evitar la impunidad.»

EXTRADICIÓN - Concepto desfavorable / **EXTRADICIÓN** - Prevalencia de la jurisdicción nacional sobre la extranjera / **EXTRADICIÓN** - Improcedencia: en garantía de la autonomía y soberanía nacionales / **EXTRADICIÓN** - Principio aut dedere aut judicare: la Corte previene a las autoridades internas para que adopten ciertas medidas

«En esa medida, como las conductas atribuidas a HPRB ocurrieron, en su totalidad, en Colombia, las víctimas son de nacionalidad colombiana y los hechos ya están siendo objeto de juzgamiento por las autoridades judiciales competentes de este país, la Sala estima que, en aplicación de los principios de territorialidad, soberanía nacional y aut dedere aut judicare, así como de las prerrogativas consagradas en el protocolo precitado, lo procedente es privilegiar la aplicación de la ley colombiana, con independencia del trámite de extradición iniciado con posterioridad -4 de septiembre de 2020-. Por tanto, se conceptuará desfavorablemente al pedido de extradición formulado por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Se aclara, eso sí, que la circunstancia de existir proceso en Colombia en contra del reclamado por los mismos hechos que fundamentan la solicitud no es la determinante del sentido en que resolverá la Corte este asunto, pues, como se dijo, la negativa frente al pedido de entrega, radica en el interés prevalente de la jurisdicción colombiana, acorde a los parámetros ya referidos, para investigar y sancionar las conductas punibles, aparentemente, perpetradas por HPRB en territorio colombiano».

Inicio

16. PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Marco Normativo / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD** - Debe entenderse como un delito de inducción a la prostitución / **PROCESO PENAL** - Principio de progresividad: cambios en la calificación jurídica de la conducta en la medida que el proceso avanza / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Máximo Ley 599

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por la defensa de C.E.P.C. contra la sentencia que profiriera el Tribunal Superior de Sincelejo, revocatoria de la emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Corozal (Sucre), para en su lugar, condenar a la procesada a título de autora responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y proxenetismo con menor de edad.

En esta ocasión, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo que, por primera vez, condenó a C.E.P.C.

Sin embargo, casó de oficio y parcialmente la providencia impugnada, única y exclusivamente en el sentido de fijar la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta, por un periodo de 20 años.

Fue así como, la Corte analizó el marco normativo y los elementos de los delitos de proxenetismo con menor de edad y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

También recordó que, en virtud del principio de progresividad, es posible la variación de la calificación jurídica provisoria en el modelo procedimental de la Ley 906 de 2004; sin perjuicio de lo cual, llamó la atención acerca de que la conducta punible de acceso carnal violento agravado, pese a haber sido imputada a la procesada y aparecer descrita en el escrito de acusación, no fue ratificada en la diligencia respectiva, ni fue objeto de debate en la etapa de juzgamiento; situación que no pudo ser corregida, en sede de casación, por estar ad portas la prescripción de la acción penal, sumada la prohibición de la reforma en perjuicio de la única parte impugnante.

Aunado a lo anterior, dando aplicación a la noción de testimonio adjunto, reiteró los presupuestos para la utilización de declaraciones anteriores incompatibles con lo revelado por el testigo en el juicio oral.

SP164-2023(53259) de 03/05/2023

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. R.S.P., padre de MISR, menor de 13 años, manifestó que, en la noche del 12 de enero de 2013, su hija salió de la casa a jugar, sin que pasadas las horas regresara al hogar. Por tal motivo, la buscó hasta la una de la mañana cuando un vecino le dijo que la había visto ir en una motocicleta conducida por J.M.H.

2. A las seis de la mañana del siguiente día, su esposa se dirigió a la vivienda de J.M.H., sin encontrarla allí. No obstante, acudió a la estación de policía solicitando acompañamiento y con efectivos del orden se dirigió nuevamente al lugar, encontrándose en el camino con la madre

del individuo quien le informó que su hijo ya había llevado a la menor a su residencia.

3. Al retornar a la vivienda, no halló a la niña porque el papá, la había llevado a denunciar a J.M.H. por su retención; en el trayecto la menor reveló a su progenitor que no era la primera vez que sostenía relaciones con aquél y que, con anterioridad, su madrina C.E.P.C., la había inducido a tener relaciones sexuales con otros hombres.

4. Le contó, además, que la primera vez que eso sucedió fue en la casa de C.E.P.C., cuando le dijo que se sentara en una hamaca a su lado y le introdujo un dedo en la vagina para saber si era virgen; enseguida, le presentó a un hombre de tez morena, indicándole además que le daría dinero a cambio de que tuviera sexo con él. Para este fin, la tomó por las manos, la acostó en una cama para que dicho sujeto procediera a accederla carnalmente, mientras la mujer los observaba.

5. También le comentó que, desde entonces, su madrina le presentaba hombres para que, a cambio de dinero, del cual le quitaba la mitad de lo que le daban, sostuviera relaciones sexuales con ellos; y que todo empezó a suceder el año anterior, es decir, en 2012.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Marco Normativo / PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Debe entenderse como un delito de inducción a la prostitución / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD -** Elementos: verbos rectores

«La esencia de la tipificación del Proxenetismo con menor de edad, se encuentra en el artículo 44 de la Constitución Política que consagra la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, entre los cuales de especial consideración la protección contra “[...] toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Esta modalidad delictiva, ha dicho la Corte de tiempo atrás, tiene razón de ser, además, en diversos instrumentos internacionales como son el “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena” de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949; la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de

discriminación contra la mujer” de 1979; la “Convención sobre los derechos del niño”; el “Convenio 182” de la Organización Internacional del Trabajo - OIT de 1999, en punto de “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución” como una de las manifestaciones de “la expresión peores formas de maltrato infantil”; y el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” de 2000.

[...]

Consecuente con ello, la Corte concluyó que “el tipo de proxenetismo con menor de edad debe ser interpretado como un delito de inducción a la prostitución en el cual la víctima no ha alcanzado los dieciocho años de edad.”

En ese ámbito, se proscribe y castiga a quien, con ánimo de lucro propio o de un tercero o con el propósito de satisfacer las pretensiones lujuriosas de otro(s), organiza, facilita o participa del comercio o de la explotación sexual de una persona menor de 18 años, al margen de que se consumen las prácticas sexuales con ella, porque se trata de un tipo de mera conducta que no exige la realización de un resultado concreto o específico.

La consagración de los verbos alternativos -organizar, facilitar o participar-, habilita reprimir acciones que involucren cualquier clase de atentado a la sexualidad de los menores de 18 años, ya sea la realización de conductas constitutivas de acceso carnal o de actos sexuales diversos, por variados medios o con el uso de indistintos instrumentos en tales prácticas, con los enunciados propósitos de provecho o beneficio propio o ajeno, o de satisfacción lasciva.

Igualmente, es un delito de peligro que propende por anticipar la protección del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de que son titulares los menores de edad, sin que para ello se requiera la consecución del fin de lucro o la satisfacción lujuriosa que impulsa al sujeto agente a obrar.»

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Elementos / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Presunción de incapacidad del menor

«Este tipo penal está descrito en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4° de la Ley 1236 de 2008, en los siguientes términos: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión...”

La descripción se integra con el artículo 212 de la misma codificación que define el acceso carnal como “la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo u otro objeto.”

Son elementos de la infracción un sujeto activo y pasivo indeterminados, pero en todo caso concretándose en cuanto al segundo, la víctima, una condición especial: la minoría de catorce años; siendo indiferente que el ejercicio del actuar ilícito, conducta de connotación erótico-sexual, se realice con la anuencia o complacencia del sujeto pasivo pues se ha establecido que en ningún caso cuenta con capacidad de disposición sobre su sexualidad una persona menor de catorce años.

La edad de la víctima es un elemento esencial del delito, pues hasta los catorce años se ha considerado por el legislador, y así lo entiende la Corte, que debe brindarse una protección prevalente a los menores, proscribiendo comportamientos de connotación sexual que se realicen en o sobre personas que no superen esa barrera etaria, pues no cuentan con capacidad de comprensión adecuada respecto de las actividades sexuales, sus implicaciones y consecuencias para la propia identidad, libertad o integridad sexuales.

Se presume, sin que admita prueba en contrario, la incapacidad de los menores de catorce años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, razón por la cual se proscribe el aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima derivada de su edad.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica / **PROCESO PENAL** - Principio de progresividad: cambios en la calificación jurídica de la conducta en la medida que el proceso avanza

«[...] encuentra la Sala posible la variación de la calificación jurídica provisoria en el modelo procedimental de la Ley 906 de 2004, atendido el principio de progresividad que gobierna el trámite pues a medida que se desarrollan las actividades

investigativas y la recolección de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, es posible ajustarla para mayor fidelidad con la facticidad, siempre y cuando esto no altere el supuesto fáctico de la persecución penal, precisamente.

Es por eso por lo que, dada la eventualidad, la Fiscalía puede variar el componente jurídico de la imputación en la acusación y su sustentación, introduciendo las variaciones necesarias a fin de que refleje con la mayor exactitud posible la correcta adecuación típica de los hechos; desde ese momento la acusación se erige en límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, como prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Con ese entendimiento, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado que la imputación en sus variantes personal y fáctica es absoluta y condiciona la acusación; entre estos dos actos debe existir adecuada relación de correspondencia, resultando viable modificar el ámbito jurídico que, desde ese momento condicionará a su vez, la sentencia, sin perjuicio de que el juez condene por una conducta punible diferente siempre que:

i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de las partes e intervinientes.

Bajo esos referentes, ha constatado la Corte, se desarrolló el juicio oral, es decir, en consonancia con la incriminación fáctica informada a CEPC en las audiencias de imputación y acusación, llegándose al proferimiento de los fallos de primera y segunda instancia en armonía con ello; y preservando las garantías al debido proceso y la defensa de la procesada, cuyo apoderado tuvo la oportunidad de ejercer sin limitación alguna la confrontación y contradicción de los hechos, los cargos jurídicos y las pruebas practicadas en el decurso procesal.

4.2. Sin perjuicio de lo visto, la Sala considera necesario llamar la atención la irregular e inexplicable situación que se presentó con la conducta punible de acceso carnal violento agravado de que también fue víctima la menor MISR, pues, como se ha explicado, a pesar de haber sido imputada a la procesada PC y aparecer descrita fáctica y jurídicamente en el escrito de acusación, no fue ratificada en la diligencia respectiva, menos aún objeto de debate en la etapa de juzgamiento.

Aunque resulta inexcusable que ni la delegada fiscal ni la judicatura en las instancias regulares del procedimiento se percataran de ello y adoptaran alguna acción o medida correctiva al respecto, proveer a hacerlo en este momento procesal deviene inane por estar ad portas la prescripción de la acción penal, sumada la prohibición de la reforma en perjuicio de la única parte impugnante en sede de casación, reiterándose, por tanto, la preservación de los derechos al debido proceso y la defensa de CEPC»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, prueba de corroboración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, hacen parte del testimonio

«La entrevista rendida por MISR el 13 de enero de 2014, precisa la Sala, es digna de credibilidad por la mención que hace de eventos específicos, detallando aspectos como el espacio físico, el género de los abusadores y la forma en que estos ejecutaban acciones lesivas de su indemnidad sexual, todo lo cual percibió de manera directa porque era sobre su corporeidad que se producían las conductas de abuso.

[...]

Tiene pleno mérito probatorio, adicionalmente, porque su uso como instrumento de convicción surge legítimo al cumplirse los presupuestos que la jurisprudencia de la Corte ha explicado en múltiples providencias acerca de la utilización de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral, entre las cuales la citada en el fallo impugnado -SP606-2017, 25 ene 2017, rad. 44950-; criterio uniforme y decantado que, por demás, estaba

vigente para la época de proferimiento de los fallos de instancia.

[...]

Con esa perspectiva orientada, por supuesto, a la consecución de una eficaz impartición de justicia, y con plena garantía de los derechos a un debido proceso de todas las partes e intervinientes en el proceso penal, en especial de quien es vinculado en calidad de sujeto pasivo de la persecución penal, se precisó en la anotada decisión que la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral [...] está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba.

Aunado a lo dicho, se ha considerado que la declaración anterior de un testigo debe ser incorporada a través de la lectura en el juicio oral con la finalidad de que pueda ser valorada por el juez y contrastada con la vertida en ese escenario, sumada la incorporación de la declaración previa por solicitud de la parte interesada, en el entendido que, en el marco del proceso de tendencia acusatoria reglado por la

Ley 906 de 2004, el juez carece de atribuciones probatorias oficiosas.

Se trata, entonces, de dar aplicación a la noción de “testimonio adjunto” desarrollada por la jurisprudencia para afrontar situaciones recurrentes observadas en la práctica judicial, en las que los testigos que comparecen al juicio se retractan, desdicen o modifican la sustancialidad de lo que han dicho en entrevistas y /o declaraciones anteriores, permitiéndose la incorporación de manifestaciones previas en observancia de los principios de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 906 de 2004, diríase, garantizando a la parte contraria la confrontación y contradicción de la prueba.

Trasladadas las premisas precedentes al caso concreto se tiene:

i) La menor MISR estuvo disponible para declarar en el juicio, físicamente y funcionalmente, dígase, estuvo en capacidad de atestiguar, conforme quedó registrado en las grabaciones de audio /video de las diligencias judiciales en las que participó.

Aparte de responder interrogantes relacionados, inicialmente, con la relación sostenida con JM, pasó a negar las relaciones sexuales con otros hombres antes de él; negó que CP la penetrara en la vagina con un dedo o le motivara a tener relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero.

Empero, reconoció que sí tuvo relaciones sexuales con otros hombres cuando tenía trece (13) años, sin dar nombres, fechas o sitios donde eso ocurrió; y agregó que todo lo dicho en la entrevista sobre su madrina es mentira pues lo hizo por la rabia que le tenía a una hija de ella.

Contrastadas las dos versiones dadas por MISR, la Sala considera, en coincidencia con el ad quem, que la primera conocida es digna de credibilidad, no la segunda, en cuanto describe y detalla los episodios que vivió de forma espontánea, pues ella misma manifestó que en aquella oportunidad se limitó a responder las preguntas que le hizo B, esto es, el servidor de policía de infancia y adolescencia que tuvo conocimiento de la noticia criminal y se encargó de la verificación de los hechos denunciados en función del restablecimiento de los derechos de la víctima.

Adicionalmente, se cuenta con medios de prueba que corroboran y respaldan esa versión inicial,

como son los testimonios de MR y RS. progenitores de MISR, quienes, a pesar de no haber percibido en forma directa los agravios narrados por ella, fueron contestes en testificar la revelación que su hija hizo de lo que le venía ocurriendo con CP, sin que agregaran o suprimieran detalles de lo que se enteraron por boca de su descendiente.

Aportan, también, datos importantes relacionados con la cercanía de su familia con la procesada PC, por ser cuñada de MR, madrina de la menor ofendida y haber vivido en la misma residencia con ellos; situaciones que reflejan la confianza que le tenían todos, de la cual, sin duda alguna, sacó ventaja para que la niña se plegara y sometiera a sus planes criminosos.

Adicionalmente, el dictamen médico legal sexológico practicado a MISR enseña que se encontraron lesiones verrugosas en región perianal compatibles con la enfermedad de transmisión sexual conocida como condilomatosis, signo indicador compatible con la reiterada cópula sexual que la niña dijo haber sostenido por iniciativa de PC con distintos sujetos, desprovista de protección, pues en su relato nada dijo acerca de haber tenido alguna precaución para ello, por ejemplo, usar preservativos.

ii) La menor MISR se retractó en la vista pública de juzgamiento de las manifestaciones previas, dando una versión sustancialmente diferente a la contenida en la entrevista al afirmar que nada de lo que contó en relación con CP era cierto.

En ese sentido, negó que su madrina le hubiese penetrado en la vagina con un dedo, haber tenido relaciones sexuales con otros hombres antes de JM y que C la reuniera en su casa con hombres para sostener relaciones sexuales con ellos a cambio de dinero.

Sin embargo, aceptó que sí tuvo tales relaciones para la época antecedente al episodio que dio lugar a la denuncia, esto es, antes de 13 de enero de 2013, a pesar de lo cual dijo que no recordaba sus nombres, las fechas ni los lugares en que las sostuvo, evidenciándose de esa manera la inconsistencia de la nueva versión y el interés de favorecer a la procesada PC, en la misma forma que lo pretendía con su pareja sentimental JM.

La nueva versión dada por MISR en el juicio, oportuno acotar, tampoco es creíble porque ella pretendió justificar las mentiras que habría dicho en perjuicio de CP, por la “rabia” que tenía hacia

KN., hija de su madrina; resulta contradictorio e inverosímil que inventara tan detallada historia mendaz en contra de CP, a cambio de dirigir su enojo directamente contra la fuente de este. En palabras del juzgador colegiado: “para qué involucrar a su madrina en semejante lio y no inventar algo sobre su hija que era la directa causante de su molestia”.

Este cuestionamiento le fue formulado por la Fiscalía directamente a la menor MISR en el interrogatorio cruzado, sin que la niña pudiera dar explicación atendible de por qué dirigió su “rabia” hacia la procesada PC, no contra KN., evidenciándose con ello que el testimonio en juicio de la víctima fue ajeno a la verdad, a lo realmente ocurrido, con el simple propósito de favorecer la situación jurídica de la inculpada.

iii) La declaración anterior de MISR fue incorporada a través de su lectura integral en el debate oral por petición de la Fiscalía, de forma tal que fue conocida por el juez de la causa, en el marco del principio de inmediación, a la par que la defensa de CP pudo ejercer de manera efectiva la confrontación de la testigo y la contradicción del elemento de convicción en ese escenario.

De la revisión de los anales procesales, se añade, encuentra la Sala que la entrevista rendida por MISR el 14 de enero de 2013, no solo fue anunciada en el escrito de acusación, sino que también fue descubierta en oportunidad por el órgano persecutor, para luego ser solicitada y decretada como prueba de cargo en la vista preparatoria, llegándose a su efectiva incorporación por conducto del funcionario de policía que la recibió, JIBP.

Así las cosas, los juzgadores, en primera y segunda instancia, tuvieron a disposición las dos versiones rendidas por MISR y pudieron valorarlas individual y conjuntamente, labor cumplida a cabalidad por el ad quem que le asignó credibilidad en los puntuales términos que se planteó en el fallo impugnado.

Lo anterior no obsta para que la Sala llame la atención y precise que solamente ha detenido atención y juicioso examen sobre la entrevista que rindió MISR el 14 de enero de 2013, mas no acerca de la que ella vertió el 20 de marzo de 2013, pues a pesar de haberse decretado y practicado como prueba en el juicio oral e incorporada al legajo, igualmente a través del servidor que la recibió, JIBP; la misma no surtió el procedimiento que la reseñada jurisprudencia

de la Corte ha concebido en torno a la figura del “testimonio adjunto”.

Esto es, porque no fue usada en el juicio oral por la Fiscalía ni ninguna otra parte procesal o interviniente, ni le fue expuesta a la menor MISR al momento de testificar, menos se le dio lectura en su presencia para que a lo dicho en esa segunda ocasión se refiriera.

Por consiguiente y a propósito, la Sala ha hecho omisión consciente y deliberada en este pronunciamiento de su contenido.».

RETRACTACIÓN - No se configura / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD** – Demostración / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración

«[...] devienen carentes de prosperidad las censuras que la defensa presenta contra la sentencia de condena emitida por el Tribunal Superior de Sucre; además, por las siguientes específicas razones.

5.2.1. No se vulnera la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 82-8 del Código Penal, al no tomarse en consideración la retractación de la víctima, porque acorde con lo explicado en extensión la versión que en juicio dio MISR no es creíble.

En adición, el libelista malinterpreta y desconoce la procedencia de la figura consagrada en la norma en comento, que no se corresponde con la modificación de la versión de un testigo, como en este caso se ha presentado; sino a la conducta post delictual que asume el autor de una infracción a la ley penal que abre espacio a la extinción de la acción o la sanción penal a su favor.

Tal y como señala en su intervención la Fiscalía Delegada ante la Corte, en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000 se prevé que no habrá lugar a la responsabilidad del autor o partícipe de las conductas previstas en el Título V de esa codificación, “Delitos contra la integridad moral”, cuando se produzca la “retractación” voluntaria de la manifestación injuriosa o calumniosa por el mismo medio y con las mismas características que se difundió la imputación, o a través del que señale el funcionario judicial competente.

Surge palmario que la invocación de la figura que echa de menos el demandante en casación resulta en este caso del todo improcedente; por lo

mismo, infundado el cargo contra la sentencia de segunda instancia.

Respecto del segundo ataque derivado de la falta de aplicación del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en lo relativo al conocimiento para condenar, es protuberante el desacierto de la impugnación porque la providencia condenatoria proferida por el Tribunal se sustentó en forma primordial, conforme quedó expuesto, en la versión inicial de la víctima menor de edad MISR, aunado el respaldo que otros medios de convicción brindan a ese su dicho primigenio.

También analizó, como lo ha hecho esta Corporación, las declaraciones de testigos de la Fiscalía -JIBP, SGT, SHS y AMCB-, en cuanto a la percepción que ellos tuvieron de hechos o circunstancias inherentes al desarrollo de la investigación de las conductas delictivas afectantes de la sexualidad de la niña MISR.

[...]

Por último, la alegación relativa a la configuración de la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, carece de respaldo en la realidad procesal en vista que, como se ha explicado en capítulos anteriores, no es cierto que se omitiera la valoración individual y conjunta de “la totalidad de las pruebas practicadas en juicio”»

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad de la pena / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Máximo Ley 599 / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena accesoria

«La declaratoria de responsabilidad penal de CEPC como autora de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con proxenetismo con menor de edad, fue sancionada por el juzgador colegiado con las penas de 288 meses de prisión, multa de 91 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la sanción privativa de la libertad.

El examen de la tasación punitiva conduce a la Sala a la determinación de casar la decisión única y exclusivamente en punto de la fijación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, porque erró el ad quem al imponer a la procesada por ese concepto

un término superior al contemplado en el inciso primero del artículo 51 del Código Penal, esto es, veinte (20) años, lo que implica violación al principio de legalidad de los delitos y las penas de que trata el artículo 6° del Código Penal, en la medida que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

En consecuencia, corresponde a la Sala propender por la garantía de los derechos de la

procesada y reparar el agravio que se ha inferido con esa determinación, en cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política y la ley asignan a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Se procederá a casar de oficio y parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de fijar la sanción accesoria en veinte (20) años, o lo que es igual doscientos (240) meses».



17. SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos: generales o erga omnes, respecto de la inexequibilidad, aplicación hacia el futuro / **TRANSACCIÓN** - Alcance / **TRANSACCIÓN** - Elementos / **TRANSACCIÓN** - Elementos: concesiones reciprocas / **TRANSACCIÓN** - Asuntos laborales: pensión de vejez / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación: sus decisiones son de obligatorio cumplimiento / **APODERADO** - Facultades / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes / **TRANSACCIÓN** - Poder que permite al mandatorio transigir / **CONTRATO DE MANDATO** - Facultades: las establecidas en el contenido del documento / **PODER** - Facultades: la de conciliar no conlleva per se la de transigir / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: por el juzgado / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: objeción / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, costas procesales / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: se configura al realizar el pago de costas procesales improcedentes / **SENTENCIA** - Condenatoria: a cargo de la Nación, obligaciones dinerarias, solicitud de pago / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: elementos: objetivo y subjetivo / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: tipicidad subjetiva / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: bien jurídico tutelado, administración pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Gravedad de la conducta / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: gravedad de la conducta

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el Procurador 86 Penal Judicial II, contra la sentencia proferida por la Sala Penal integrada por Conjueces del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual se confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, en la cual se absolvió a los procesados por los delitos de prevaricato por

acción en concurso heterogéneo con peculados por apropiación a favor de terceros.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia de la anterior determinación, los condenó por los delitos acusados. Así mismo, negó la ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria, emitió orden de captura de los mismos y, por último, advirtió que al ser la primera condena procede la impugnación especial por doble conformidad judicial.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte analizó la naturaleza del acuerdo suscrito, así como los elementos constitutivos de la figura de la transacción, para determinar que los acusados en calidad de servidores públicos, suscribieron un acuerdo de pago, sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación de la entidad, haberlo suscrito con quien no tenía la capacidad para transigir, por cuanto que dicha facultad debe estar expresamente otorgada al mandatario.

Por último, se señaló que el acuerdo en cuestión era manifiestamente contrario a la ley, toda vez que se pactó el pago de las costas procesales, las cuales no había sido decretadas ni liquidadas al interior de un proceso judicial.

SP089-2023(59034) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

Salvamento de voto:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 23 de febrero de 2005, G.V.Q., entonces alcalde (e) de San José de Cúcuta, celebró el “acta de conciliación sobre el pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales de Ley 6ª de 1992”, con el abogado Á.I.A.C., quien fungía como apoderado de 130 pensionados, según el texto de ese documento.
2. Ese grupo de ciudadanos pretendía el reconocimiento del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992.

3. Por virtud del acuerdo contenido en el “acta de conciliación”, el municipio se obligó “para con el abogado a pagar la suma única de SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 84/100 MCTE (\$7.985.856.757,84.), en cuatro cuotas”.
4. Entre marzo de 2005 y octubre de 2007, San José de Cúcuta le entregó a Á.I.A.C. la suma de solo cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189), mediante la realización de siete pagos.
5. Como consecuencia del incumplimiento parcial de ese pacto, el abogado A.C. demandó a la entidad territorial e inició proceso ejecutivo laboral que, por reparto, correspondió al Juzgado Cuarto Laboral de la mencionada capital, bajo el radicado No. [...].
6. El 11 de noviembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta “declaró la nulidad de todo lo actuado” en el proceso ejecutivo [...] y negó el mandamiento de pago por “ilicitud del objeto del acuerdo señalado”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD -

Efectos: generales o erga omnes, respecto de las inexequibilidad, aplicación hacia el futuro

En los términos del escrito casacional presentado, en este caso, resulta posible entrever la existencia de errores en la valoración probatoria, a pesar de que el planteamiento expresamente desarrollado no acredita las exigencias del falso racionio.

Verificado el contenido del cargo y contrastado con lo acontecido en la actuación, la Sala observa que no se afectó, en concreto, ninguna máxima de la experiencia, principio lógico o regla científica, con motivo de la postulación de la demanda.

Adicionalmente, la alegación del demandante no está relacionada con un medio de prueba indebidamente valorado al tamiz de la sana crítica.

Una sentencia de control de constitucionalidad y los efectos de la declaratoria de inexequibilidad

de una norma, expresamente determinados en la misma decisión, no son elementos demostrativos.

El desarrollo de una postulación en esos términos, lo que concreta es la pretensión del casacionista para que prevalezca el criterio hermenéutico de un fallo de la Corte Constitucional, así como de sus efectos en el tiempo.

Por su naturaleza y jerarquía, la C - 531 de 1995 es una sentencia que debe ser acatada por los operadores judiciales, [...]

[...]

Sin perjuicio de las precisiones que efectuará la Sala adelante, es claro que normativamente no existe debate o discusión sobre la consolidación del derecho a favor de aquellos pensionados, cuando tuvo lugar antes de 1989, como tampoco en materia del consecuente reconocimiento.

En consecuencia, atendidas las razones antes expresadas, el cargo por falso racionio no prospera. Empero, como se verá, la demanda de casación resaltó, además, varios defectos en la valoración probatoria, que ameritan revisión y análisis detenido en cada evento. A ello se procederá.

TRANSACCIÓN - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Alcance / **TRANSACCIÓN** - Elementos / **TRANSACCIÓN** - Elementos: concesiones recíprocas

[...], la transacción es un acuerdo extrajudicial que permite extinguir las obligaciones.

Según el artículo 2469 del Código Civil, se trata de un contrato en que las partes, sin intervención de terceros, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, es decir, un pacto que tiene por finalidad gestionar un conflicto, mediante un acuerdo que vincula a los suscriptores con efectos de cosa juzgada.

[...]

Para los actuales propósitos, según la jurisprudencia especializada, también debe señalarse que no se debe confundir la transacción con fenómenos tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una pretensión, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, entre otros; por lo que su conformación está supeditada a la controversia de derechos y la subsiguiente reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

El tercer elemento al que se hizo referencia (concesiones recíprocas) son de la esencia del negocio jurídico denominado transacción; pues en caso de no estar presentes lo convertirán en mera renuncia o aceptación.

No puede hablarse de transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos.

TRANSACCIÓN - Asuntos laborales: pensión de vejez / **TRANSACCIÓN** - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas

[...], por definición, la transacción requiere que los derechos sean susceptibles de libre disposición por las partes, es decir que resulten renunciables, razón por la cual, tratándose del derecho a la pensión de vejez y los reajustes, debe especificarse qué es lo que se va a transigir, cuál el fundamento normativo para renunciar a esas prerrogativas reconocidas por ley y vinculadas al carácter irrenunciable de los beneficios laborales mínimos y del derecho a la seguridad social.

En este trámite se debatió con intensidad si los ciudadanos, aparentemente representados por el abogado AC, tenían derecho al reajuste pensional.

A pesar de ser un cargo medular en la acusación, la Sala no puede afirmar que la transacción versó sobre un objeto ilícito, por ese específico motivo. Lo anterior, por dos razones básicas.

El grado de indeterminación del documento de 23 de febrero de 2005 impide establecer con certeza qué fue lo que “transigieron los pensionados”, dado que al indicar como monto global adeudado, la suma de siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte (\$7.985.856.757,84.), no se discriminó qué conceptos y valores integraban dicha suma, es decir, cuánto correspondía al reajuste, a la indemnización, a los intereses o a las costas; en últimas si el acuerdo recayó en capital y en qué porcentaje sobre derechos ciertos e indiscutibles; como tampoco, es posible establecer, en concreto, cuál habría sido o sería el beneficio para el municipio de Cúcuta.

No se trató de un “laxus (sic) en el proceso técnico de configuración del documento”, como lo quiso hacer ver AC en su indagatoria, pues más allá de la denominación del acuerdo, lo cierto es que aún hoy no se sabe cuál fue el objeto exacto de la

supuesta transacción, cuáles fueron las concesiones de los pensionados y la ganancia para la entidad territorial.

Adicionalmente, la procedencia del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992, para pensionados del orden nacional y territorial, es un asunto no pacífico, complejo y especializado, que ha generado la existencia de interpretaciones judiciales diversas, por lo que haber tomado una posición sobre la procedencia del incremento de la mesada exigía una fundamentación argumentativa razonable, que excluyera el actuar caprichoso del funcionario y el carácter de visiblemente contrario a derecho de su decisión en la materia.

Aclarado lo anterior, el optar por una interpretación válida y fundada no es motivo de reproche, ni sería ese el fundamento de la manifiesta ilegalidad de lo decidido el 23 de febrero de 2005, como se procede a dejar establecido.

La transacción es un mecanismo de terminación de controversias al que las entidades públicas pueden acudir, siempre con el pleno respeto de las formas y requisitos que la ley establece para el efecto.

[...]

Debe aclararse que la transacción por parte de entidades públicas, al comprometer recursos estatales, debe respetar el principio de legalidad, así como los postulados de la función administrativa (209 superior), toda vez que no se trata de una negociación en la que las partes puedan disponer de cualquier modo y a su arbitrio de los derechos en litigio.

TRANSACCIÓN - Demostración
/ **TRANSACCIÓN** **EXTRAJUDICIAL** -
Naturaleza del contrato / **TRANSACCIÓN** -
Concepto / **TRANSACCIÓN** - Ante la jurisdicción
laboral

[...], lo celebrado el 23 de febrero de 2005 podría configurar un contrato de transacción en el que se deriva el consentimiento, por parte de la entidad pública demandada de reconocer el reajuste pensional establecido en la Ley 6 de 1992 y, por otra parte, de algunos pensionados del municipio de Cúcuta, de terminar extrajudicialmente el litigio que adelantan en varios juzgados laborales, pues está firmado por el alcalde, como representante legal de la entidad

y única persona con poder dispositivo sobre los bienes de la misma.

Ahora, para la Sala es claro que, un contrato de transacción, en los términos jurídicos detallados, debería en principio ser fuente de obligaciones y derechos para las partes, empero esa situación no se verifica en el presente asunto por los evidentes y relevantes reparos sobre la legalidad del acto en cuestión.

CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funcionamiento / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funciones / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación: sus decisiones son de obligatorio cumplimiento / **TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL** - Naturaleza del contrato

El artículo 65B de la Ley 23 de 1991 dispone lo siguiente:

“Artículo 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad”.

El Gobierno Nacional consciente de la necesidad de que un órgano especializado, dentro de los entes públicos de todos los órdenes, coordine estrategias encaminadas a orientar la correspondiente asunción de responsabilidades por daños imputables a actuaciones de la administración; así como de la importancia de un comité para la protección de los intereses públicos, reglamentó esa instancia de control de la gestión de las entidades, a través del Decreto 1214 de 2000 (por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones), norma de obligatorio

cumplimiento y observancia para todas las entidades territoriales.

De conformidad con la referida disposición, ya para febrero de 2005, se tenía que:

El Decreto 1214 era de obligatorio cumplimiento para las Entidades y Organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles.

El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, a la que le corresponde decidir en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes.

En el caso de capitales departamentales debe integrarse por el alcalde o su delegado; el ordenador del gasto, o quien haga sus veces; el jefe de la oficina jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad; dos funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica del ente.

Ese órgano tiene entre otras funciones las de fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, así como determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.

Las decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad.

De sus sesiones y decisiones se levantarán actas.

[...]

En ese contexto normativo y jurisprudencial se establece que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de las capitales departamentales es una instancia administrativa que, conformada de manera plural por expertos, debe ser imperativamente consultada; tiene un rol activo y determinante; y debe intervenir antes de que la entidad territorial llegue a asumir compromisos

económicos vía transacción, toda vez que su decisión es vinculante, motivada y fundada en la preservación del patrimonio público.

Para la Sala no admite duda que el Comité de Conciliación es el órgano competente para establecer, caso por caso, a partir de un análisis específico de los argumentos de las demandas, pruebas en los procesos y alcance de las pretensiones, la procedencia o no de acudir a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, llámese conciliación o transacción; pero, además, para definir los lineamientos según los cuales el representante legal puede comprometer a la entidad.

Esa realidad deontológica y normativa excluye por definición que los burgomaestres puedan celebrar una conciliación o realizar una transacción, sin intervención y visto bueno previo emitido por el Comité de Conciliación del municipio, pues la disposición del patrimonio público debe ser el resultado de un acucioso estudio y una debida ponderación de la necesidad y conveniencia de dar por finalizado un proceso judicial de manera anticipada y amigable, como medida que supone la identificación anterior y concreta de cuál es el beneficio para la entidad territorial.

APODERADO - Facultades / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes

En los términos del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), aplicable al tiempo de los hechos:

“El poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos: Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento

ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa”. (Se destaca).

Normativamente es inobjetable que las facultades para conciliar, transigir y recibir deben ser conferidas expresamente por el mandante; y cuando son varios, por cada uno de ellos.

Así lo reconoció, en un primer momento el mismo a quo.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, suscrito con quien no tiene la capacidad para celebrarlo / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes / **TRANSACCIÓN** - Poder que permite al mandatorio transigir / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo

[...], en el marco establecido en la resolución de acusación, uno de los principales problemas jurídicos y probatorios que debía ser examinado por las instancias era la existencia de esa precisa capacidad del abogado AC de conciliar, transigir y recibir, para el 23 de febrero de 2005, los derechos de 130 pensionados.

El debate esencial no se centraba, como lo entendieron las instancias, en si ese profesional del derecho contó o no con poderes, tanto para entablar unas demandas laborales en los años 2002 y 2003, y para adelantar las actividades que permitieran el buen desarrollo de las actuaciones procesales.

Esa trascendental distinción destaca el rigor lógico en el ejercicio inferencial que han debido tener las instancias, para dar por probada “la existencia de los poderes”.

Si los juzgados laborales admitieron las demandas presentadas por AC; si en tres de esos siete procesos se emitió sentencia contra el municipio, ciertamente resultaba viable inferir

que los específicos demandantes en su momento, otorgaron poder al abogado para adelantar los trámites del proceso laboral.

Sin embargo, en los términos de la resolución de acusación, aquella no era la discusión probatoria o jurídica; y tampoco fue el motivo para la imputación a los implicados

El reproche concreto de la Fiscalía radicó en la falta de acreditación y/o existencia de poderes con facultades para conciliar, transigir y recibir el 23 de febrero de 2005, y no la falta de acreditación y/o existencia de poderes para presentar las demandas laborales en 2002 y 2003.

Los procesados se abstuvieron de comprobar (capacidad y poderes AC; VQ exigir y verificarlos) que quien se presentaba como mandatario, en el acuerdo de 23 de febrero de 2005, contaba expresamente con las facultades de conciliar, transigir y recibir por parte de los ciento treinta pensionados, en tanto normativamente esas tres facultades debían ser autorizadas inequívocamente por los titulares del presunto derecho reclamado.

Dado que el derecho sustancial debatido era de los pensionados, ellos eran los únicos que podían disponer de éste; de ahí que, era imprescindible que los extrabajadores expresamente insistieran con esas facultades a su apoderado.

No obstante, para celebrar una transacción, VQ debía hacerlo con los titulares del reajuste o con quien acreditara, de manera fehaciente, que los representaba y tenía expresas facultades para tal finalidad.

A pesar de tratarse de la capacidad para transigir, el exalcalde no verificó la existencia cierta de cada uno de los mandatos en tal sentido; lo que traduce menosprecio por el ordenamiento jurídico pues celebró la transacción con un profesional del derecho que no demostró los términos de los poderes supuestamente conferidos y se le otorgó al abogado la calidad de único acreedor del municipio; sin verificar, siquiera, quienes de los ex trabajadores habían alcanzado ya el estatus de pensionado.

No bastaba con indicar, en el documento de 23 de febrero de 2005, que AC actuaba “en calidad de apoderado de los pensionados, debidamente facultado para conciliar y recibir”; pues, precisamente, ese fue el medio empleado por los

procesados para eludir la inexistencia de poderes conferidos expresamente para tales fines.

En los términos expuestos, normativamente carece de cualquier asidero la exculpación presentada por AC (abogado) en punto a que, “posterior a la fecha de ejecutoria de cada una de las sentencias, la ley me facultaba para iniciar el proceso ejecutivo impropio sin necesidad de nuevo poder, es de concluir de donde se puede lo más se puede lo menos, es decir si en gracia de discusión no existieran nuevos poderes, a esta negociación yo llegaría facultado por extensión mediante los poderes que inicialmente presenté con las demandas” . (Se destaca).

Acorde con lo expuesto, desde una perspectiva legal, esa explicación es infundada.

Además, valorada a la luz de lo consignado en el documento de 23 de febrero de 2005, es lo único que permite explicar por qué nunca aparecieron los poderes para la transacción; es decir, la razón por la cual se hizo constar en ese escrito que el abogado actuaba como “apoderado de pensionados” y estaba “debidamente facultado para conciliar y recibir”, radicaba en que había presentado las demandas en 2002 y 2003, mas no en que estuviera facultado para transigir en 2005.

Los poderes para transigir, conciliar y recibir en febrero de 2005, no fueron conferidos; como que ningún motivo razonable se adujo durante la investigación y el juzgamiento, para que los interesados no los hubieran aportado.

La citada referencia en el acuerdo celebrado fue el método inverosímil de fingir una calidad y unas facultades con las que no contaba el abogado; que condicionaba la procedencia del acuerdo y que, por ende, el alcalde de Cúcuta, ordenador del gasto, estaba obligado a corroborar.

Al llegar a esa conclusión, para la Sala adquiere la mayor relevancia lo manifestado por VJMV, profesional universitario de la oficina jurídica del municipio, quien al atender la inspección judicial “con relación a los respectivos poderes indicó que los poderes que otorgaron los pensionados a los abogados IAC y RG fueron para presentar las demandas ordinarias ante los juzgados laborales y reposan en cada expediente de los relacionados en el acta de acuerdo de pago”. (Se destaca).

Esa afirmación, aunada a la inexistencia de los poderes para transigir, incluso en los archivos de la entidad, desmiente lo aseverado en indagatoria por AC, quien manifestó que hizo “llegar a la

oficina jurídica de la Alcaldía los 127 poderes especiales para llegar a un acuerdo con el municipio, lamentablemente las copias de los poderes o del oficio con el cual deposité esos poderes en la oficina jurídica se me extravió”.

En ninguna dependencia, archivo público o privado se acreditó la existencia de esos mandatos.

Tratándose del contrato de mandato y de la transacción de derechos no existe el poder o facultad por extensión.

Como se dejó claramente establecido en precedencia, la posibilidad de conciliar y transigir derechos ajenos debe estar mediada por una autorización expresa del titular del derecho en tal sentido, igual que para recibir.

La argumentación del profesional del derecho implicado va mucho más allá de una simple ligereza interpretativa, pues, en la relación de medio a fin del prevaricato por acción y del peculado por apropiación a favor de terceros, se trata de una demostración inequívoca de la intención de apoderarse y lucrarse con recursos públicos, a partir de la apariencia de legalidad de un acuerdo de voluntades y de la supuesta existencia de poderes.

Tampoco puede pasar desapercibido que los procesados en sus injuradas refirieron la existencia de tres apoderados de los pensionados, la realización de reuniones en presencia de tales y la celebración de sendos acuerdos de pago.

Esas referencias explicarían por qué en el documento de 23 de febrero de 2005, se alude “a los apoderados de los diferentes procesos”, empero sin identificar nombres, procesos, ni pensionados representados, ni por supuesto, la especificación de los alcances y limitaciones de cada uno de los supuestos poderes otorgados.

Probatoriamente se pudo establecer que la entidad territorial también le canceló significativas sumas a los abogados ERMR y JAGR, empero legalmente no se acreditó por qué AC adquirió la calidad de único acreedor del municipio, ni los términos de esos otros dos acuerdos.

[...]

Una vez más, tal situación fue trivializada por el ad quem, a pesar de su relevancia jurídico penal y de su incidencia en el sentido de la decisión judicial.

Las facultades para conciliar y transigir no son hechos notorios, ni pueden ser presumidas, sin más.

Por el contrario, deben ser expresamente conferidas por el mandante, tal y como lo disponen los artículos 70 del Código de Procedimiento Civil aplicable, y el 2471 del Código Civil.

Es más, la norma imperativa y sustancial es inequívoca cuando dispone: “Todo mandatario necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir”. (Se destaca).

En esos términos, la manifiesta ilegalidad del acuerdo de febrero 23 de 2003 también se deriva de la inexistencia de poderes especiales para transigir, de la ausencia de mandato particular en que se especificara, en cada uno de los 130 casos, cuál era el derecho sobre el que iba a recaer el acuerdo.

Si el exalcalde municipal VQ, deseaba dirimir el litigio y entregar recursos de los titulares del derecho al abogado de estos, se encontraba en la insoslayable obligación de corroborar que, a ese profesional, cada pensionado le había otorgado poder tanto para transigir, como para recibir. Empero, jamás podía suponer la existencia de tales potestades, si su verdadero interés era la prevalencia de la legalidad y la integridad del patrimonio estatal.

Con esa misma lógica, si AC (abogado) pretendía transigir y recibir, los montos correspondientes al reajuste pensional de ciento treinta pensionados, se encontraba en la obligación de acreditar que cada uno de esos adultos mayores le había otorgado un mandato con esas específicas facultades.

Ninguna de las dos situaciones se verificó en este asunto.

Esta conclusión es relevante para afirmar la configuración del prevaricato por acción y de su relación medial en la actualización del peculado por apropiación a favor de terceros.

CONCILIACIÓN - Diferente a la transacción / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, suscrito con quien no

tiene la capacidad para celebrarlo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: cuando se suscribe acuerdo de pago de una obligación por parte de la entidad pública, sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación / **CONTRATO DE MANDATO** - Facultades: las establecidas en el contenido del documento / **PODER** - Facultades: la de conciliar no conlleva per se la de transigir / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes

Sin reiterar lo ya afirmado en materia de transacción, desde la óptica de la (in)existencia de poder especial, llama poderosamente la atención de la Corte la ligereza probatoria con la que se mutó la naturaleza del acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 de “conciliación” a “transacción” y dicha modificación fue extendida, sin análisis alguno, ni rigurosidad mínima, al tema del mandato y las facultades del profesional del derecho que intervino en ese acto.

El 23 de febrero de 2005, los procesados suscribieron un “acta de conciliación” y, en ese documento, dejaron expresa constancia de que AC:

Obraba en calidad de apoderado de los pensionados y

Se encontraba “debidamente facultado para conciliar y recibir”.

No obstante, nunca fueron allegados a ese acto consensual, ni a esta actuación los 130 mandatos que acreditaban tanto esa condición, como la concesión expresa de esas facultades.

En los precisos términos del acuerdo de 23 de febrero de 2005, observa la Corte que en ningún acápite se hizo referencia a que AC tuviera la facultad de transigir.

No se trata de un asunto menor, pues mientras la capacidad de conciliar del mandatario supone un ejercicio con intervención de un tercero habilitado por la ley, la facultad de transigir prescinde de ese “mediador” y habilita a las partes a terminar el litigio directamente.

Hasta aproximadamente el 30 de abril de 2015, fecha de la resolución de acusación de primera instancia, para efectos del proceso penal, lo acordado el 23 de febrero de 2005 fue una conciliación, razón por la cual buena parte del reproche se edificó en la inobservancia de los mandatos de la Ley 640 de 2001.

Desde el 25 de septiembre de 2015, fecha de la providencia que resolvió el recurso de apelación de la resolución acusatoria, hasta la presentación de la demanda de casación, precisamente por la argumentación presentada por la defensa en tal sentido, Fiscalía e instancias concluyeron que el pacto celebrado, desde una óptica sustancial y con independencia de la denominación asignada, era una “transacción”, motivo por el cual las exigencias en materia de “conciliación” no resultaban vinculantes.

En la resolución del fiscal ad quem se reiteró el reproche relativo a la falta de acreditación tanto del otorgamiento de poderes, como de facultades especiales.

Si bien es cierto, la conciliación y la transacción son mecanismos diferentes de solución de controversias, pues ésta es contractual y requiere únicamente la voluntad de quienes concurren a ese acto, mientras que aquella exige la aprobación de un tercero, los dos institutos comparten, entre otras, las siguientes características predicables en materia pensional:

No se puede conciliar o transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador o pensionado;

Hacen tránsito a cosa juzgada.

Para su validez y eficacia están sujetos al cumplimiento de los requisitos que, de manera general, exige el artículo 1502 del Código Civil, esto es, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Las partes deben tener la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción, o de ser el caso, tener la legitimidad y facultad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir; es decir, ostentar la representación para disponer de ellos, con fundamento en algún título de carácter jurídico (mandato).

Establecido lo anterior, en el marco de las consideraciones que anteceden, la Sala advierte que el título otorgado al documento (conciliación) o la naturaleza atribuida por la defensa y reconocida por las instancias (transacción) carece de la entidad y relevancia que se le ha conferido, en la medida en que, esos dos mecanismos reglados de solución de controversias, comparten unos atributos legales comunes que debían ser observados por los procesados.

La acusación fáctica y jurídica que realizó la Fiscalía General de la Nación, en contra de VQ por el delito de prevaricato por acción, hace referencia, precisamente, a los requisitos legales básicos y transversales de ambas figuras; la primera y más importante de ellas la necesidad inexcusable de contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del municipio para celebrar cualquier acuerdo que implicara erogaciones a cargo de la entidad territorial, tal y como fue debidamente explicitado.

La segunda acreditar la capacidad (titular del derecho o poder especial) para celebrar el acuerdo y finalizar la disputa entre partes.

Delimitado ese contexto, incluso al asumir en gracia de discusión que AC hubiese contado con los 130 poderes, la Sala advierte que, supuestamente, según el texto del acta de 23 de febrero de 2005, sólo estaba “debidamente facultado para conciliar y recibir”, empero nunca acreditó, ni tampoco se consignó que contara con la facultad de transigir.

Y es que el “cambio” de la naturaleza jurídica del acuerdo de 23 de febrero de 2005, de conciliación a transacción, no podía comportar que los mandatos supuestamente a él conferidos (cuya existencia y contenido real, en cualquier caso, jamás se acreditó) para conciliar y recibir, también contenían automáticamente la facultad de celebrar una transacción o que los mandatos “mutaron” para comprender y especificar el derecho que sería objeto de la misma.

Si jurídicamente resultara válido que lo sustancial del acuerdo prime sobre la denominación otorgada, las facultades del mandato no dependen del título del acuerdo, ni de la esencia de este, sino única y exclusivamente del contenido del documento en el que se especifican las facultades del mandatario.

Por esa elemental razón, un poder para conciliar y recibir, cuya existencia nunca se demostró, se itera, no conlleva automáticamente la capacidad de transigir.

Así las cosas, el entonces alcalde VQ, debía corroborar la capacidad para transigir del abogado AC, misma que estaba supeditada a la efectiva demostración del mandato para suscribir una transacción; lo que nunca se evidenció, en los términos tanto del texto mismo del acuerdo de 23 de febrero de 2005, como de la inexistencia de 130 poderes, sobre cuyo contenido y

facultades conferidas expresamente no podían especular los jueces de instancia; mucho menos cuando se encontraba de por medio la disposición de cuantiosos recursos públicos.

La primera instancia, en un razonamiento acogido y avalado integralmente por el ad quem, con fundamento en influencias indiciarias concluyó que se encontraba “plenamente demostrada la existencia de los poderes”.

Esa construcción inferencial se evidencia desacertada, por cuanto al definir los hechos indicadores, el a quo desconoció el acervo probatorio, con lo que incurrió en trascendentes errores de hecho, tal y como se procede a detallar.

[...]

Si el único acreedor - demandante era AC resulta alejado de la realidad afirmar que los pensionados le otorgaron nuevamente “poder para que defendiera sus intereses en el proceso 254 de 2005”, pues procesalmente no eran, ni podían ser parte en ese proceso.

Si de lo que se trataba era de la defensa de esos intereses, el citado profesional del derecho debía acudir al proceso como mandatario, según poderes previamente conferidos, para ser reconocido como tal.

Dado que para iniciar el proceso 2005-254 no fueron conferidos poderes por parte de los pensionados, mal podría deducirse, de un acto inexistente, que éstos se los otorgaron en febrero de 2005, para celebrar una transacción.

En otros términos, al tergiversar la prueba y suponer evidencias inexistentes, el hecho indicador fue tenido como tal, empero, sin estar realmente acreditado.

Finalmente, por la revisión del cuaderno anexo n°1 del expediente electrónico, se advierte que no obra ningún poder. Además, a los que hacen alusión las sentencias, según el texto de los proveídos, son posteriores a febrero 23 de 2005.

Si al construir el segundo indicio la primera instancia concluyó que “solamente se puede ratificar lo que previamente se ha concedido”, tal deducción, en el contexto analizado y probado, en el mejor de los casos es equívoca y puramente contingente.

En este evento particular, al igual que la frase “debidamente facultado para conciliar y recibir”, consignada en el acuerdo de 23 de febrero de 2005, la “ratificación de poderes” fue una nueva

vía encontrada para suplir la inexistencia de mandatos y robustecer la impresión de que estos sí habían sido conferidos. No obstante, lo cierto y demostrado es que nunca fueron aportados ni introducidos por los interesados.

[...]

La Sala considera que, bajo ninguna consideración, un poder para demandar y lograr el pago de una acreencia o derecho implica y conlleva, automáticamente, las facultades de conciliar, transigir y recibir, pues éstas deben ser expresamente conferidas.

Los 130 mandatos con ese contenido y facultades no fueron acreditados y las instancias los dieron por probados, sin respaldo suasorio.

De ese modo, se estructuró un defecto trascendente al equiparar probatoriamente la existencia de poderes para demandar laboralmente al municipio en 2002 y 2003, con el otorgamiento expreso de las facultades de transigir y recibir en 2005, aspecto fáctico y jurídico que no fue demostrado y sí erróneamente dado por probado con supuestos no probados.

[...]

Desde la perspectiva del juez laboral, claramente, el legitimado para solicitar la terminación del proceso por transacción era el apoderado de los demandantes, pues había sido debida y previamente reconocido en la actuación, en esa condición.

La Fiscalía no cuestionó en la acusación el proceder judicial del abogado, ni del municipio en esos siete procesos. Lo que sí fue objeto de investigación y enjuiciamiento fue el acto celebrado entre AC y el exalcalde de Cúcuta, el 23 de febrero de 2005.

Esa precisión deviene relevante para evidenciar el equívoco del a quo, toda vez que a quien le correspondía verificar el lleno de las prescripciones sustanciales del acuerdo (entre las cuales se encontraban naturalmente la existencia de poderes con facultades para transigir) era al representante legal del municipio y no al juez laboral, quien no estaba llamado a verificar que la transacción estuvo antecedida por la exhibición de poderes para transigir.

[...]

Ese proceso inferencial también se muestra especulativo, al menos por dos razones.

[...]

Por lo expuesto, erró la primera instancia, al igual que la segunda al validar completamente ese razonamiento, cuando concluyó que “en verdad sí existieron los más de 100 poderes que se necesitaban para lograr llevar a cabo válidamente la transacción cuestionada”; defecto trascendente que influyó directamente en el sentido absolutorio de la sentencia y que debe ser enmendado en sede de casación.

CONDENA EN COSTAS - Procedencia / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: por el juzgado / **COSTAS PROCESALES** - Rubros que las componen / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: objeción / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, costas procesales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo

Según los artículos 392 y 393 del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil vigente y aplicable para la época de los hechos, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Además, se condenará en costas a quien se le decida adversamente un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza.

Las costas deben ser liquidadas por el juzgado de la respectiva instancia o recurso y la liquidación puede incluir el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.

Ese computo podía ser objeto de objeción, en el término legal, caso en el cual el funcionario judicial puede o no aprobarlo con las modificaciones.

En ese específico marco normativo, pactar el 23 de febrero de 2005, un pago por concepto de costas en contra del municipio, constituía una evidente e insalvable ilegalidad, tal y como lo sostuvo la acusación.

De un lado, se advierte que no procedía la condena en costas ni su pago, pues al celebrar el acuerdo de voluntades de febrero de 2005, los procesados no podían tener al municipio como “parte vencida en el proceso”, no al menos en cuatro de los asuntos que no habían sido fallados con sentencia ejecutoriada (rads. 2003-013; 2003-226; 2003-387; 2004-241).

Por esa razón, el haber pactado una rebaja del “5% de costas” en el radicado 2002-213 y de “10% de costas” en los procesos 2003-226, 2003-387; 2003-241, que carecían de sentencia ejecutoriada, era un proceder palmariamente irregular, por cuanto no se cumplía el requisito normativo para la configuración de las costas procesales (haber sido vencido en juicio) y tampoco implicaba una renuncia o concesión real y recíproca de una de las partes en la transacción (pensionados).

De otro, la condena y pago de costas, en los términos de la cláusula segunda del documento firmado, vinculada al 5% en el radicado 2002-210, careció de una liquidación previa, pues en el citado documento no se consignó el monto de las mismas, la decisión judicial que las fijó, el uso del término legal por parte de la entidad demandada para objetarlas, por lo que ese grado de indeterminación impedía asumir una obligación cargo del erario público, pues no se estableció el monto a pagar, ni la razón del porcentaje rebajado (5%) o por qué no fue superior.

No pasa desapercibido para la Sala que el 21 de septiembre de 2004 (rad. 210-2002), en razón del acuerdo común de las partes, el Juzgado Tercero Laboral de Cúcuta señaló la cantidad de \$125.670.941.02 por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada.

No obstante, en el documento de 23 de febrero de 2005 ninguna mención se hizo a ese concepto y rubro, circunstancia también indicativa de la arbitrariedad que gobernó la confección del acuerdo y su pago, sin respeto por la legalidad, ni la realidad; así como del ánimo de apropiación y lucro visto el porcentaje finalmente descontado.

Es decir que el pacto en materia de costas también afectaba las finanzas públicas y carecía ostensiblemente de los supuestos fácticos y normativos que habilitaban tal pago, en tanto la entidad territorial no había sido vencida en cuatro actuaciones judiciales; en uno no se indicó el porcentaje de rebaja de las costas; y

sobre los radicados 2002-231 y 2002-213, nada se pactó, ni consideró en materia de costas, a pesar de que sí contaban con fallo en firme.

Y tratándose de los 3 expedientes en los que la sentencia ya se encontraba ejecutoriada, al tenor del artículo 393 ejusdem, existía un procedimiento para liquidar esa erogación económica, es decir, desde la perspectiva de la legalidad y de la transparencia, les correspondía a las partes especificar cómo y por qué se llegaba a determinada cifra y qué conceptos (timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales, etc.) se encontraban allí incluidos.

Si, según el acta de 23 de febrero de 2005, el objetivo de la transacción era “resguardar el patrimonio municipal”, evitar “el crecimiento inmoderado de las condenas”, tampoco se entiende por qué el municipio aceptó el pago de costas, cuando dicha erogación no resultaba obligatoria en esa negociación, ni beneficiaba las finanzas del municipio y podía ser una de las renunciaciones o concesiones de los demandantes.

Nada de lo anterior se ve reflejado en el documento signado el 23 de febrero de 2005, en el que únicamente primó el querer de los procesados, quienes deliberadamente se abstuvieron de indicar por qué procedía la condena en costas y cómo habían llegado a esos porcentajes, sin liquidaciones previas ni sentencias ejecutoriadas, en la mayoría de los casos transigidos, de modo abiertamente irregular.

Ese proceder es manifiestamente contrario a derecho y claramente demostrativo del obrar doloso de los acusados, en punto de la emisión de una decisión abiertamente ilegal y de la apropiación ilícita de recursos públicos.

PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros: demostración / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: se configura al realizar el pago de costas procesales improcedentes

Desde la perspectiva del detrimento al erario, para la Sala no pasa desapercibido que AC (abogado), en su indagatoria, reconoció de manera expresa y detallada que “mi propuesta económica, en cuanto a que los honorarios serían del 25% del valor del derecho principal de cada pensionado más las costas o agencias en derecho

que se llegaren a fijar (sic) en cada proceso”. (Se destaca)

Es decir que la razón para haber pactado, el 23 de febrero de 2005, el pago de costas manifiestamente improcedentes era el innegable interés del prenombrado de hacerse a los dineros del municipio, por ese concepto, así la entidad territorial no hubiera sido derrotada en los estrados judiciales.

Ese pago, en razón al convenio contractual referido, únicamente beneficiaba ilegítima e ilegalmente al citado profesional del derecho.

No obstante, VQ (alcalde) obligó al municipio de Cúcuta que pagó dichas costas, con lo que permitió deliberadamente esa apropiación injusta.

Si como lo refirió la primera instancia, “cuando el proceso termine por transacción o ésta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa (Art. 340 del Código de Procedimiento Civil, inciso cuarto)”, en este asunto, en la mayoría de procesos laborales (4), no había lugar al pago de costas; y su pacto y pago, por parte de los procesados, únicamente se explica por el ánimo de lucro, pues ese reconocimiento dinerario implicaba una notoria desmejora del patrimonio público, en la medida en que la entidad municipal no había sido procesalmente vencida y las autoridades administrativas estaban llamados a rechazar a ese cobro, si de preservar el dinero público se trataba.

Lo aquí expuesto desacredita la argumentación de la segunda instancia, en punto a la ausencia de ánimo de lucro, de apropiación y de proceder deliberado de los procesados, en tanto el único beneficiado con tal arreglo económico e ilegal fue AC.

Adiciónese que, durante su injurada, AC argumentó que “el jefe de la oficina jurídica... me entregó mediante oficio las noventa y ocho liquidaciones, que la alcaldía municipal efectuó a través de su experto en el caso de mis procesos”.

Sin embargo, según el documento de 23 de febrero de 2005, se conciliaron los derechos de ciento treinta pensionados y no se hizo referencia a ninguna liquidación.

A lo anterior, agréguese que en inspección judicial realizada a la Alcaldía de Cúcuta, el 24 de marzo de 2009, únicamente fue posible recopilar los comprobantes de egreso de los pagos

efectivamente realizados a AC, mientras que tratándose de las liquidaciones, LSC, profesional universitario de la tesorería municipal que atendió la diligencia, manifestó “[e]n esta oficina no reposan actas de liquidación del abogado con respecto a lo que ha recibido cada pensionado, pues la orden de pago sale a nombre del Abogado a quien ellos le dieron el poder y a quien sale al orden de pago emitida por la oficina de Presupuesto- Secretaria de Hacienda”.

El reconocimiento y pago de costas procesales, en los términos detallados en precedencia, evidencian el carácter manifiestamente ilegal de lo acordado el 23 de febrero de 2005, así como la desvalorada apropiación de recursos públicos a favor de un tercero.

PECULADO POR APROPIACIÓN - Demostración / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Gasto público: principios / **SENTENCIA** - Condenatoria: a cargo de la Nación, obligaciones dinerarias, solicitud de pago / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Cumplimiento de un deber legal / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Cumplimiento de un deber legal: no se configura / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: elementos: objetivo y subjetivo / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: tipicidad subjetiva / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: antijuridicidad / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: bien jurídico tutelado, administración pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: se configura / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: Alcalde / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: el grado de participación del particular corresponde al de interviniente

GV obligó a Cúcuta a pagar a favor de AC siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte (\$7.985.856.757,84.), de los cuales le fueron efectivamente entregados cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y

cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189).

Esa cuantía supera ampliamente los 200 salarios mínimos.

El acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 no determina cómo se llegó a esa cifra; no especifica a qué conceptos corresponde la misma (reajuste pensional; intereses; costas; indexación) y en qué porcentajes; no identifica quién realizó la liquidación, ni cuándo fue conocida y aprobada por el municipio.

Esas precisiones que parecen elementales, en realidad son la expresión concreta de los principios de legalidad, racionalidad, economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, de modo que la disposición de los recursos del Estado debe estar precedida de la liquidación de la obligación a pagar.

No se trata de un discurso abstracto.

El Decreto 768 de 1993 - Por el cual se reglamentan los artículos 2º, literal f), del Decreto 2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1998 -, en su artículo 3º consagra que la solicitud de pago de una obligación dineraria establecida en una sentencia de condena a cargo de la Nación, deberá contener, entre otros documentos, aquellos que “por razón del contenido de la condena, sean necesarios para liquidar su valor”.

Esa obligación tampoco la observaron los procesados y su incumplimiento acredita la flagrante vulneración del ordenamiento jurídico, pues a través de un acuerdo manifiestamente irregular dispusieron ilícitamente de cuantiosos recursos del Estado, en tanto, como ya quedó establecido, se cancelaron más de cinco mil millones y quedaron pendientes de pago casi tres mil sin determinación, ni liquidación de las obligaciones, ni facultades para transigir y con palmaria ausencia de visto bueno por parte del Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de Cúcuta.

Si la conclusión de atipicidad de la conducta de prevaricato por acción de las instancias se cimentó en la legalidad del acuerdo, de la que también se dedujo la licitud de cancelar dineros en cumplimiento de un deber legal de pagar lo adeudado, es claro que, debidamente acreditado el ostensible desconocimiento del ordenamiento jurídico con el “acta de conciliación”, el pago debe

también reputarse como apropiación de recursos públicos contraria a la normatividad.

Sobre esa causal de ausencia de responsabilidad, reconocida expresamente por las instancias para descartar el compromiso penal de los procesados, la Sala expresó:

“El estricto cumplimiento de un deber legal - art. 32-3- se configura como causal de ausencia de responsabilidad, cuando se llevan a cabo conductas descritas objetivamente en un tipo penal, que a su vez están autorizadas o permitidas por el ordenamiento jurídico en condiciones específicas. Se trata de una causal de justificación de la conducta, en tanto el comportamiento encaja en el tipo objetivo, pero carece de antijuridicidad por estar autorizado”.

El cumplimiento de un deber legal, como causal de ausencia de responsabilidad, a diferencia de lo considerado en las sentencias de instancia, no emerge de la celebración ilegal y caprichosa de un acuerdo de pago con recursos públicos.

Esa argumentación no puede validarse por varias razones.

La real obligación del entonces burgomaestre era verificar que: i) AC tenía facultad de conciliar y transigir; ii) el comité de conciliación aprobaba el acuerdo; iii) la transacción recaía sobre derechos judicialmente reconocidos; y iv) los montos obedecían a unas liquidaciones debidamente discriminadas, en términos de concesiones recíprocas, nada de lo cual hizo, con el propósito de permitir la apropiación injusta de los recursos públicos.

El cumplimiento de un deber legal suponía, por definición, que la obligación de pago tenía un origen lícito que en ningún caso puede ser la arbitrariedad del representante legal de la entidad territorial de obligarse de cualquier modo a pagar unas obligaciones.

Tratándose del patrimonio público su actuar debía observar, de manera estricta, los requisitos normativos que definían la legalidad de un acuerdo de las características aquí estudiadas.

Así las cosas, “cumplir con la obligación exclusiva de pagar el reajuste pensional derivada de la Ley 6ta. de 1992”, según concluyó la segunda instancia, para resultar un argumento admisible de inexistencia del compromiso penal, suponía imperativamente que los procesados, tal y como lo reprochó la resolución de acusación, verificaran que todos los pensionados habían

sido beneficiados de una sentencia en firme que reconociera el reajuste y, en consecuencia, el deber legal, ahora sí, de cancelar esa obligación.

Ese supuesto fáctico y jurídico no se acreditó en la actuación, pues desde la misma acta de 23 de febrero de 2005, se definió que cuatro procesos no contaban con sentencia ejecutoriada, lo cual excluye la existencia de un deber legal de pagar una obligación que no había sido reconocida judicialmente, en la medida que el derecho al reajuste era objeto de debate en sede judicial.

Por esa razón, el pago efectuado constituye una apropiación indebida de los recursos públicos, en cuantía superior a los 200 salarios mínimos.

Haber obligado al municipio a pagar casi ocho mil millones de pesos sin claridad y especificación del objeto, sin liquidaciones, sin reconocimiento previo judicial o administrativo del derecho al reajuste, generó una apropiación de recursos jurídicamente desaprobada, pues no se trató de un acuerdo entre particulares que únicamente debía obedecer a la autonomía de la voluntad, sino que, por intervenir una persona de derecho público, debía respetar los requisitos legales a los que se ha hecho referencia en extenso.

Por último, se destaca que, de modo incomprensible, los fallos de instancia absolviéron a los procesados por atipicidad objetiva de las conductas, empero resaltaron la inexistencia del peculado, por ausencia de antijuridicidad con fundamento en el estricto deber legal de pagar.

Esa argumentación es contradictoria, en la medida en que, como se expuso, esa causal (art. 32.3 de la Ley 599 de 2000) supone la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta realizada, empero ésta carece de antijuridicidad por estar autorizada por el ordenamiento jurídico en condiciones específicas.

En esos términos, aceptar el cumplimiento del deber legal de pagar suponía, al menos, reconocer la tipicidad de las conductas y especificar las normas especiales que facultaban a los procesados a celebrar un acuerdo sin el visto bueno del comité de conciliación, sin liquidación, sin reconocimiento de derecho y sin mandato para el efecto.

En esas condiciones VQ, como autor, y AC, como interviniente, deben responder por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por la indebida apropiación de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y

cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) del Estado.

El tipo subjetivo de los punibles endilgados se encuentra completamente verificado luego de constatar que AC y VQ suscribieron, de manera consciente y voluntaria, el acuerdo de 23 de febrero de 2005 sin: contar con el aval del Comité de Conciliación de San José de Cúcuta; verificación cierta y concreta de las facultades del profesional del derecho; reconocimiento judicial o administrativo del derecho al reajuste, en los casos en los que no existía sentencia ejecutoriada; liquidación particularizada del reajuste; haber sido el municipio vencido procesalmente pactaron costas.

Los dos procesados como profesionales del derecho sabían de la importancia de la obligación respetar la legalidad y satisfacer los requisitos para transigir, empero caprichosamente decidieron transgredir el ordenamiento jurídico para lograr la apropiación indebida de recursos del Estado, en montos y fechas absolutamente identificados.

La contrariedad con la ley es ostensible, pues las normas llamadas a regular el caso eran suficientemente claras; no admitían ninguna interpretación contraria a aquella que se desprende de su tenor literal; habían sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial; pese a lo cual los procesados deliberadamente decidieron soslayar esos mandatos para imponer su capricho y generar la indebida apropiación de recursos públicos.

Por todo lo expuesto, se afirma que AC y VQ actuaron con pleno conocimiento y voluntad de realización de las conductas típicas objeto de acusación, pues su proceder tiene por único fundamento la arbitrariedad propia y el menosprecio de la legalidad, en tanto el acuerdo celebrado se muestra desprovisto de fundamento fáctico, probatorio y jurídico mínimo, empleado como mero instrumento para la apropiación de más de cinco mil millones de pesos.

En esas condiciones, se llega a la conclusión según la cual, los medios de convicción examinados acreditan la flagrante ilegalidad del pacto celebrado el 23 de febrero de 2005 y la ilícita apropiación de recursos públicos, como actos a través de los cuales se lesionó efectivamente el bien jurídico tutelado de la administración pública, sin que se advierta la

configuración de causal de ausencia de responsabilidad, en los términos expuestos.

Los procesados en pleno uso de sus facultades físicas y psicológicas, conocedores de la antijuridicidad de tal actuar, en razón de su formación profesional y experiencia, pudieron determinar de otro modo su comportamiento, empero deliberadamente decidieron contrariar el ordenamiento jurídico, a pesar de ser conocedores de lo arbitrario e infundado de su proceder.

Se trata, sin duda, de personas imputables, de quienes era exigible un comportamiento conforme a derecho, pues, de la prueba allegada no es posible suponer, máxime que ello no fue alegado, la incapacidad de ajustar su proceder a la normatividad vigente, advirtiéndose que no concurrió causal de exculpación en su accionar.

Lo precisado con antelación deja en evidencia que en el fallo censurado sí se incurrió en errores trascendentes, en razón de los cuales se tuvo por probado, sin estarlo, que:

El acuerdo celebrado entre el municipio y un abogado no requería del visto bueno, precedente y motivado, del Comité de Conciliaciones y Defensa Judicial.

El abogado contaba con la facultad expresa de transigir, según poderes cuya existencia no se acreditó.

El monto final del pago pactado no debía obedecer a una liquidación debidamente soportada, actualizada y particularizada sobre la situación y derecho de cada pensionado.

El titular del derecho y acreedor del municipio era el abogado y no los pensionados.

El municipio sí estaba obligado a asumir una condena en costas, a pesar de no haber sido vencido en cuatro procesos, ni mediar liquidación debidamente discriminada.

El acuerdo no requería del reconocimiento judicial o administrativo previo del derecho al reajuste de cada pensionado.

La suposición de tales situaciones, sin la existencia de respaldo probatorio implicó que judicialmente, sin acierto, se declarara la legalidad tanto del acuerdo, como del pago y, en consecuencia, la absolución de los procesados, como decisión que se muestra huérfana de

respaldo probatorio, jurídico y fáctico, como quedó evidenciado.

Por lo anterior, el procesado GVQ será declarado penalmente responsable como autor del delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros, como ordenador del gasto en su condición de alcalde (e) de Cúcuta; mientras que AC lo será a título de interviniente del punible de peculado por apropiación a favor de terceros, en los términos del artículo 30 del Código Penal, en tanto carece de la calidad especial exigida de servidor público.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Gravedad de la conducta / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: gravedad de la conducta

Previo a determinar la pena, con fundamento en los criterios previstos en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, corresponde emitir un pronunciamiento específico en materia de la gravedad de la conducta, el daño real creado, la intensidad del dolo y la necesidad de pena en el caso concreto.

Para la Sala es evidente que la conducta juzgada es de suma gravedad, en tanto lesionó de manera considerable el bien jurídico tutelado, al comprometer al margen de la legalidad cuantiosos recursos públicos.

El ilegal acuerdo celebrado por los procesados no mejoró la situación económica del municipio y facilitó nuevas demandas ejecutivas contra la entidad territorial, así como la necesidad de disponer de recursos para cumplir una obligación que, con posterioridad, en ejercicio del control judicial, la misma justicia laboral calificó de nula.

Es decir, los intereses generales de una correcta y eficaz administración del erario de todos los contribuyentes fueron defraudados con la entrega de más de cinco mil millones y la deuda de casi tres mil, todo a favor del abogado AC quien no contaba con las facultades otorgadas por los verdaderos titulares y que al final fue constituido como único acreedor del municipio, a pesar de no ser si quiera pensionado beneficiario del reajuste de la Ley 6ª de 1992.

De manera incuestionable, con el proceder de VQ Y AC las finanzas de Cúcuta fueron gravemente afectadas, dado que el exalcalde obligó al municipio a pagar a un particular casi ocho mil

millones de pesos, de los cuales fueron efectivamente entregados más de cinco mil; así como con la correlativa y desaprobada apropiación de los recursos de quien se presentó, el 23 de febrero de 2005, con supuestos poderes para conciliar y recibir, empero procedió a transigir unos derechos y obligaciones indeterminados como se expuso en precedencia.

Las sumas objeto de apropiación, debidamente actualizadas, acreditan de manera innegable el daño grave, cierto y objetivo causado con la conducta punible, pues el patrimonio público se afectó, se privó a la administración de millonarios recursos, a pesar de que no fue posible establecer la fuente de la obligación dineraria, en el entendido que la mayoría de pensionados no contaban con reconocimiento judicial o administrativo del reajuste; como tampoco la contraprestación a favor del municipio, con ocasión del acuerdo celebrado.

El modo en que los procesados dispusieron y se apropiaron, respectivamente, de los recursos de Cúcuta son demostrativos de la gravedad de la conducta y la entidad del daño, pues VQ Y AC manejaron el erario, como si se tratara de su propio peculio y así desconocieron la necesidad de orientar esos dineros al servicio de los intereses generales en términos de moralidad, eficacia y economía de la administración pública.

Además de la expresión objetiva de la gravedad de la conducta, así como del daño real creado, se tiene en el presente asunto, coherente con lo ya desarrollado a lo largo del proveído, la particular intensidad del dolo se ve reflejada en el número de artificios y medios empleados, de manera aparentemente hábil, para el logro del propósito de apropiación de recursos públicos.

Lo anterior se afirma, toda vez que los procesados acudieron a diferentes herramientas, tales como hacer constar en los documentos realidades no verificadas, dar por ciertas facultades no conferidas, suponer la exigibilidad del reajuste, no discriminar los montos a pagar con remisiones inexactas y no analizadas, ratificar poderes, entre otros, todo para lograr el apoderamiento de los recursos bajo una falsa apariencia de legalidad.

En la administración de los recursos públicos se deben observar con celo los principios de legalidad, probidad y transparencia.

No haber consultado al Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de Cúcuta, a pesar de ser una

obligación legal, cuyo contenido era conocido por los dos procesados, máxime que ostentan la condición de abogados, evidencia el contubernio entre servidor público y particular para quebrantar la ley, en la búsqueda de la apropiación de cuantiosos recursos públicos que efectivamente fueron entregados.

Ese comportamiento debe ser sancionado con el rigor que la ley prevé para que se comprenda el imperio de la ley y la importancia de los fondos públicos.

En consecuencia, la pena a imponer a G VQ como autor del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros no será la mínima (96 meses) sino que se incrementará en 25 meses más; y corresponderá a ciento veintiún (121) meses de prisión; multa equivalente al valor de lo apropiado, esto es, cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189); e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Tratándose de ÁIAC, en atención a que fue acusado como “autor en calidad de interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, siendo víctima la Administración Pública - Municipio de San José de Cúcuta N.S.”, corresponde dar aplicación al contenido del artículo 30 del Código Penal, según el cual “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Por lo tanto, la pena a imponer a AC como interviniente responsable del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros corresponderá a noventa (90) meses y veintidós días y medio (22.5) de prisión; multa equivalente al valor de lo apropiado, esto es, tres mil novecientos sesenta y cuatro millones ochocientos cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y un pesos (\$3.964.848.141); e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo término.

Para el delito de prevaricato por acción, el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, contempla una pena que va de 48 a 144 meses de prisión; multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Por lo anterior, el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley se dividirá en cuartos, así:

Cuarto mínimo: de 48 a 72 meses de prisión; multa de 66.66 a 125 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 80 a 96 meses.

Primer medio: de 72 a 96 meses; multa de 125 a 183.32 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 96 a 112 meses.

Segundo medio: de 96 a 120 meses; multa de 183.32 a 241.65 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 112 a 128 meses.

Cuarto máximo: de 120 a 144 meses; multa de 241.65 a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 128 a 144 meses.

Según las mismas razones atrás expuestas, corresponde ubicarse en el primer cuarto (48 a 72/66.66 a 125/80 a 96) y allí, al individualizar la pena respectiva, partir del mínimo.

Dado que G VQ (alcalde) fue acusado por un concurso heterogéneo de conductas punibles, que no homogéneo como se plasmó sin acierto en la acusación, la Sala debe incrementar la sanción, en los precisos términos del artículo 31 del Estatuto Punible que prevé:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

Por virtud del concurso de conductas punibles las penas individualizadas para el peculado por apropiación, se incrementará así: la prisión en veinticuatro (24) meses; multa en 33.33 salarios mínimos mensuales legales vigentes; e inhabilitación en 40 meses.

Así las cosas, G VQ será condenado a ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión; multa indexada de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) y 33.33 s.m.m.l.v. más; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 185 meses, como autor responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso heterogéneo con el punible de prevaricato por acción.

Inicio

- 18. SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 A de la Ley 906 de 2004
- / SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia de audiencias preliminares frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018
- / SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de formulación de imputación: oportunidad para que el Fiscal sustente la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018

La Sala de Casación Penal, definió la autoridad judicial competente para resolver la solicitud de libertad por vencimiento de términos presentada por la defensora de J.D.G.R., a partir de la regla general según la cual, ante una solicitud de audiencia preliminar, el juez con función de control de garantías competente es aquel del lugar donde se adelanta el juzgamiento.

Ello por cuanto, la Sala consideró que, de la información obrante, no está suficientemente establecido que el asunto se rige por los cauces de la Ley 1908 de 2018, en la medida en que, simplemente se hizo una mención genérica de una organización delincriminal dedicada a la comercialización de pequeñas dosis de estupefaciente, sin que se haya especificado, sin lugar a duda, que se trata de Grupo Delictivo Organizado (GDO) o Grupo Armado Organizado (GAO).

Por lo tanto, ante esa indefinición, concluyó que, no es posible acudir al criterio de competencia

establecido en el artículo 317 A de la Ley 906 de 2004.

AP1720-2023(63971) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En contra de J.D.G.R. y otros se radicó escrito de acusación ante el centro de servicios judiciales de los Juzgados Penales del Circuito de Cali, por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, uso de menores de edad la comisión de delitos y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El procesado se encuentra detenido en el Establecimiento penitenciario y carcelario de Villahermosa Cali.
2. El asunto le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali, en donde actualmente se adelanta el juicio oral.
3. El 19 de abril de 2023, la defensora del aludido radicó solicitud de libertad por vencimiento de términos ante el Centro de Servicios Judiciales de la ciudad de Cali. Por reparto, el asunto fue asignado al Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de esa ciudad.
4. Convocadas las partes e instalada la audiencia, el delegado del ministerio público consideró que el despacho no cuenta con competencia para adelantar la diligencia, en la medida que el asunto debe ser tramitado por el juez ambulante de Buga con función de control de garantías. Indicó que la vista pública convocada no era el escenario para debatir si se está en presencia de un miembro de un GDO o no, pero, en todo caso, hay elementos para inferir que sí se configura dicha modalidad grupal.
5. El despacho le otorgó nuevamente la palabra a la defensa, quien reiteró que en manera alguna en el escrito de acusación se enrostraba la pertenencia del implicado a un Grupo Delictivo Organizado.
6. Luego de un receso, la titular del Juzgado manifestó que le asistía razón al procurador en cuanto al debate sobre la competencia, pues, corroboró que se está en presencia de un GDO,

tras revisar los hechos jurídicamente relevantes del pliego incriminatorio, en los que se hace alusión a una organización delincuencia que se disputa el mercado de estupefacientes con otras bandas del sector, en el municipio de Yumbo – Valle del Cauca.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Precedente: la Sala reitera las pautas del trámite de impugnación de competencia establecidas en la providencia AP2863-2019 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: la Sala considera que existe oposición entre las partes, y se encuentra habilitada para dirimir la impugnación acorde a las exigencias del AP2863-2019

«[...] se hace necesario recordar que la Sala, en decisión del 17 de junio de 2019, CSJ AP2863-2019 dentro del radicado 55616, explicó el trámite que debe cumplirse en el marco del incidente de definición de competencia. En dicha oportunidad señaló que, cuando alguna de las partes o intervinientes rechazan la competencia del juez para conocer de un determinado asunto -ya sea en sede de conocimiento o de control de garantías-, surgen dos posibilidades, a saber:

Que las demás partes e intervinientes al igual que la judicatura, compartan dicha postulación, caso en el cual el asunto debe remitirse al funcionario que unánimemente se considera competente, quien, a su vez, evaluará si les asiste o no razón. En caso afirmativo, continuará con el curso de la actuación o, en el negativo, remitirá el asunto al funcionario habilitado para definir competencia.

Que las partes e intervinientes o la judicatura no coincidan con la proposición, generando una efectiva controversia sobre la materia, situación que da lugar a que se remita directamente el asunto al funcionario autorizado para definir competencia, por ejemplo, esta Corporación, cuando se involucran autoridades de distinto judicial.

Además de lo anterior, el funcionario encargado del asunto deberá convocar y dar curso a la audiencia respectiva y, en su desarrollo, i) manifestar la incompetencia, ii) correr traslado a las partes e intervinientes para que se pronuncien sobre su declaración, y iii) ordenar el envío del proceso al juez competente, si todos están de acuerdo, o remitirlo a esta Corporación si se presenta controversia.

[...]

En el caso objeto de estudio, se tiene que la titular del Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Cali cumplió a cabalidad con el trámite reseñado, pues convocó a audiencia oral y, en ella, ante la impugnación de competencia del procurador, dio traslado a las restantes partes e intervinientes, en especial a la defensa, que se opuso al planteamiento formulado.

En esas condiciones, se verifica un ejercicio oral y dialógico que habilita el envío de la actuación a esta Sala, para resolver sobre la competencia».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: ejercicio por cualquier juez penal municipal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: no puede ser escogencia arbitraria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia territorial

«El artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el canon 48 de la Ley 1453 de 2011, prevé que «la función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo».

A pesar de la amplitud del tenor de la citada disposición, esta Corporación ha expuesto que la fijación de la competencia, en materia de control de garantías, no puede obedecer al capricho o arbitrio del solicitante, sin parar mientes en el elemento territorial, que sigue siendo factor fundamental para el efecto, como fácil se extracta de la sola lectura contextualizada de la totalidad del artículo modificado, en cuanto, remite siempre al lugar de ocurrencia del hecho.

Solo en casos excepcionales, por motivos fundados, es factible que la audiencia preliminar sea solicitada y realizada por un juez distinto al que tiene competencia en el lugar del hecho» (CSJ AP6115 - 2016 reiterada en CSJ AP8550 - 2017).

Esa posición, se ha justificado con base en lo siguiente:

«En su redacción original, el artículo 39 del estatuto adjetivo establecía que el control de garantías sería ejercido por «un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito», pero a partir de la modificación introducida por

el canon 48 de la Ley 1453 de 2011, esta función corresponde a «cualquier juez penal municipal».

Según lo ha explicado la Sala, este cambio normativo no puede entenderse como una autorización a las partes para escoger, sin limitación alguna, el juzgado de garantías al que quieren acudir. Por ello, en materia de audiencias preliminares, de manera preferente deben respetarse las reglas atributivas de competencia en razón del territorio, pero éstas pueden exceptuarse si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan. La resolución de este tipo de controversias debe tomar como puntos de partida el principio de razonabilidad y la mayor protección posible de las garantías procesales de quienes puedan verse afectados con las decisiones a adoptar. (Cfr., entre otros, CSJ AP, 26 Oct 2011, Rad. 37674).

[...]

Igualmente, la Sala tiene decantado que cuando se ha presentado escrito de acusación, el juez de garantías debe ser el del lugar donde quedó radicado el juzgamiento, teniendo en cuenta que la competencia para conocer del asunto ya ha sido determinada (CSJ AP731-2015)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 A de la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia de audiencias preliminares frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal se atiende a los planteamientos de la Fiscalía en el caso concreto

«[...] con ocasión de la Ley 1908 de 2018, expedida para fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, entre otras disposiciones, se adicionó al Código de Procedimiento Penal el artículo 317A, que contempló las causales de libertad en los casos

de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados y estipuló en el parágrafo tercero que:

La libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados solo podrá ser solicitada ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación, y donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación.

[...] en reciente decisión (AP558-2023, 1 marzo de 2023) esta Sala reconoció que no existía una norma expresa para asignar competencia en tratándose de miembros de grupos delincuenciales (Ley 1908 de 2018) para conocer de otras audiencias preliminares distintas a aquellas señaladas en la norma. Se consideró, por tanto, inadmisibles “restringir la competencia excepcional de esos despachos ambulantes a actuaciones relacionadas con el término de la detención preventiva o las causales de libertad de integrantes de grupos delincuenciales por la ausencia de norma expresa que la extienda a los asuntos que, por su naturaleza constitucional, son propios del juez de control de garantías”.

Por lo anterior, el entendimiento integral y armónico de la norma en la actualidad supone entonces que cualquier solicitud de audiencia preliminar, debe seguir la regla de competencia específica contenida en los artículos 307A y 317A de la Ley 906 de 2004, siempre que se reúnan las condiciones legales para ello, esto es, la exigencia subjetiva allí descrita: “miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”.

No sobre aclarar que la efectiva pertenencia del implicado a una organización criminal en los términos fijados por la Ley 1908 de 2018, y los términos generales de su aplicación o no, escapa del tema objeto de debate en este tipo de trámite incidental; por lo cual, resulta de vital importancia atenderse a los planteamientos expuestos por la Fiscalía en cada caso concreto y la comprensión que sobre el mismo tenga el ente acusador, sin invadir el rol que le corresponde (AP-2020, 15 de julio de 2020, rad: 1279)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de formulación de imputación: oportunidad para que el Fiscal sustente la pertenencia a Grupos

Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para celebrar la audiencia de libertad por vencimiento de términos

«[...] el respeto por la función del instructor no implica secundar la mención que éste efectúe sobre la Ley 1908 de 2018 -sin mayor soporte-, en cualquier momento de la actuación procesal, con el fin de subsumir la situación fáctica en las previsiones de esa norma, con las consecuencias que de ella se desprendan en la contabilización de términos y demás pautas de procedimiento. Es así como, para atribuir la pertenencia del implicado como “miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”, en tanto ingrediente normativo relevante para el caso, es necesario que el fiscal haya señalado de manera inequívoca esa circunstancia, desde la audiencia de formulación de imputación, pues será de esa manera que se garantice el debido proceso y la defensa en la actuación.

[...] de la información aportada en la diligencia, se sabe que en contra de JDGR se adelanta proceso penal por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, uso de menores de edad la comisión de delitos y fabricación (sic), tráfico y porte de armas de fuego o municiones, cuyo juicio actualmente se lleva a cabo en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali.

Del escrito de acusación se tiene que al implicado se le enrostra “Desde por lo menos el año 2015 y hasta el mes de octubre de 2019, en el Barrio la Ceiba del municipio de Yumbo, se constituyó una organización delincencial, dedicada principalmente, a la comercialización de pequeñas dosis de estupefacientes, como también a homicidios selectivos, por la disputa del mercado de estupefacientes, con otras bandas del sector, esta organización se encontraba compuesta”.

Así las cosas, de la información obrante en esta oportunidad no se tiene suficientemente establecido que el asunto se rige por los cauces de la Ley 1908 de 2018, en la medida en que, como se vio, simplemente se hace una mención genérica de una organización delincencial dedicada a la comercialización de pequeñas dosis de estupefaciente, sin que se haya especificado, sin lugar a duda, que se trata de Grupo Delictivo Organizado (GDO) o Grupo Armado Organizado

(GAO). Por lo tanto, ante esa indefinición no sería aplicable la regla de competencia establecida en la aludida norma.

Luego, el asunto debe definirse a partir de la regla general según la cual, ante una solicitud de

audiencia preliminar, el juez con función de control de garantías competente es aquel del lugar donde se adelanta el juzgamiento que, en esta oportunidad, es Cali».

Inicio

19. SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de violencia intrafamiliar a lesiones personales / **LESIONES**

PERSONALES AGRAVADAS - Delito no querellable / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:

imposibilidad de que el perito asista a la audiencia de juicio: excepcionalmente puede acudir otro o elaborarse un nuevo informe

La Corte Suprema de Justicia, con el fin de garantizar el principio de doble conformidad, examinó el fallo por medio del cual, el Tribunal Superior de Cundinamarca revocó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Soacha, y declaró penalmente responsable a F.A.P.M. del delito de violencia intrafamiliar.

En esta oportunidad, la Corte revocó el fallo impugnado para, en su lugar, absolver al procesado del delito de lesiones personales agravadas, al considerar que, los elementos de convicción allegados a la actuación no gozan de la fuerza suasoria suficiente para demostrar que causó las lesiones corporales que presentaba M.P.Q.L.

Para ello, en primer lugar, resolvió que, la variación de la calificación jurídica efectuada por el juzgador de segundo grado, del delito de violencia intrafamiliar agravada a lesiones personales, cumplió con las reglas jurisprudenciales fijadas, por cuanto: i) la misma se dio sin alterar el núcleo de la imputación fáctica; ii) la conducta criminal por la que finalmente fue condenado F.A.P.M., es de menor entidad respecto de la que sirvió como base para la acusación y; iii) con la variación de la calificación no se puso en riesgo ninguna garantía procesal ni constitucional del encartado.

Posteriormente, aclaró que el delito de lesiones personales cuando es agravado no es querellable

y recordó las dos opciones permitidas en la jurisprudencia, ante la imposibilidad física de hacer comparecer al perito al juicio oral: esto es: 1. Ordenar se practique un nuevo informe pericial, el cual estaría a cargo de otro profesional y, 2. Introducir el informe, y que el dictamen sea rendido, por otro profesional de idénticas características a las de aquél que originalmente lo realizó.

SP162-2023(58235) de 19/04/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 4 de marzo de 2013, la señora M.P.Q.L., formuló denuncia por el punible de violencia intrafamiliar contra F.A.P.M., por hechos acaecidos el 27 de febrero de 2013, según los cuales, habiendo regresado a vivir con el denunciado, se hallaba en el apartamento con su menor hija, luego de pedirle prestado el teléfono celular para hacer un trabajo de la universidad, este se niega y sale, regresando al momento, empieza a tratarla mal, con palabras soeces, forcejean, se agreden físicamente, con puños y patadas, ella con rasguños y mordiscos.
2. A la denunciante se le determinaron diez (10) días de incapacidad definitiva, sin secuelas médico legales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de violencia intrafamiliar a lesiones personales / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo factico

de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

«[...] si bien es cierto los punibles de violencia familiar y lesiones personales protegen bienes jurídicos diferentes, no menos lo es que ambas conductas parten del presupuesto de causar un daño a otro en el cuerpo o en la salud, luego previsible era para la defensa de PM que no era suficiente con desvirtuar el requisito de la unidad familiar propio del primer delito en comento, para infirmar la existencia de una agresión sobre la víctima, y que una vez desvirtuada esa unidad familiar, surgía la posibilidad de que la calificación jurídica variara, como en efecto aconteció.

En suma, que la defensa de FAPM, pese a conocer con claridad y precisión los sucesos por los cuales era procesado su agenciado, no hubiera planteado una estrategia defensiva que fuera más allá de desvirtuar la existencia de un vínculo familiar ente víctima y victimario, dejando de lado el hecho propio sobre la existencia de una agresión de aquél sobre MPQ, no implica que el Juez tuviera vedado variar la calificación jurídica de la conducta, ya que la procedencia de esta figura no se encuentra supeditada al actuar de la defensa, sino a la proposición fáctica que hubiera realizado el ente instructor, la cual debe ser congruente desde la fase de formulación de imputación

LESIONES PERSONALES AGRAVADAS - Delito no querellable

«[...] si bien es cierto que las lesiones personales previstas en el inciso primero del artículo 112 del Código penal, esto es, con incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de 30 días, requieren querrela de parte y exigen la conciliación previa como requisito de procedibilidad de la acción penal, según lo dispone el artículo 522 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que en este caso dicha conducta le fue endilgada a PM en la modalidad agravada, circunstancia que la excluye de los punibles querellables y del presupuesto pre procesal aludido.

Bajo ese entendido, ningún elemento diferenciador existe entre el trámite procesal aplicado con respecto al juzgamiento del punible de violencia intrafamiliar agravado, y el que se debía aplicar para el de lesiones personales dolosas agravadas, ya que la ritualidad para procesar a una persona por uno u otro delito, es

exactamente la misma, esto es, la prevista en la Ley 906 de 2004, luego la queja propuesta por el recurrente resulta infundada y, por ello, se hace improcedente decretar la anulación deprecada».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: imposibilidad de que el perito asista a la audiencia de juicio: excepcionalmente puede acudir otro o elaborarse un nuevo informe / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito

«[...] el legislador en el artículo 419 de la misma legislación previó la posibilidad de que no fuera posible lograr la comparecencia del perito al juicio y, por ello en ese canon estableció: “Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio vídeo u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo.”

Pese a la buena intención del legislador, la anterior norma no fue lo suficientemente prolija y dejó por fuera eventos en los cuales, definitivamente, no fuera posible lograr la comparecencia del experto al juicio oral, es así que presupuestos tales como la muerte del perito o la imposibilidad de ubicarlo, quedaron por fuera de la solución legal brindada por la norma transcrita, situación que llevó a la Corte a pronunciarse sobre el particular en decisión del 17 de septiembre de 2008, proferida al interior del radicado 30214, donde se brindó una solución a dicha problemática, misma que, hasta la fecha, se ha reiterado de manera pacífica en diversas providencias donde se planteó idéntico cuestionamiento.

En dicha providencia, la Sala de Casación Penal estimó que dos podrían ser las soluciones al tema de la imposibilidad física de hacer comparecer al perito al juicio oral: la primera de ellas es ordenar se practique un nuevo informe pericial, el cual estaría a cargo de otro profesional y, la segunda, que el informe ya rendido sea introducido, y el dictamen rendido, por otro profesional de idénticas características a las de aquél que originalmente realizó el correspondiente informe.

[...]

Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concorra a la audiencia del juicio

oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral.

[...]

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extraer.

Desde luego, entre más limitados sean los elementos puestos en el informe a disposición del perito, mayores serán las dificultades que su labor entraña y, consecuentemente, mucho menor el alcance probatorio de sus conclusiones.

De la misma manera, si se trata de expertos vinculados a la misma entidad y de dictámenes que obedecen a procedimientos estandarizados -dígase, para citar apenas un ejemplo, las pruebas realizadas para la detección de alcaloides y su naturaleza específica-, será mucho más elemental la tarea y mayor el grado de aceptación de lo dicho por el nuevo perito.” (Resaltado fuera de texto)

De vuelta al caso concreto, observa la Sala que en el presente asunto no era procedente ordenar la práctica de un nuevo examen a la víctima y a su hija por cuenta de otro médico forense, pues el paso del tiempo tornaba imposible esa labor, ya que al tratarse de unas lesiones que arrojaron una incapacidad definitiva de 10 días y no dejaron ningún tipo de secuela, efectuar una nueva auscultación al sujeto pasivo de la conducta, pasados 5 años de los sucesos, arrojaría un resultado inane para los fines procesales, de modo que la solución brindada por el juez de segundo grado, además de ser acorde con la jurisprudencia de la Corte, resultó ser la más acertada.

En consecuencia, el hecho de haberse practicado la prueba pericial en juicio por parte de una profesional de la medicina distinta a quien realizó los correspondientes exámenes físicos a la víctima y su hija el 28 de febrero de 2013, no compromete las formas propias del juicio y, por ende, no afecta el derecho fundamental a un debido proceso, pues entre otras razones, dicha prueba se practicó por una profesional idónea que tuvo como fundamento los informes base de opinión pericial realizados por la galeno que auscultó a MPQL y a su hija I.P.Q., en la fecha ya referida.

Así las cosas, forzoso resulta concluir entonces que ninguna irregularidad surge del modo como se llevó a cabo la práctica de la prueba pericial deprecada por la fiscalía y, en consecuencia, su admisibilidad y valoración resulta procedente».

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Toda duda se debe resolver a favor del procesado

«[...] contrario a lo sostenido por el Tribunal de segundo grado, en el presente asunto no existen elementos de prueba suficientes que permitan llegar a un estado de convencimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad penal de FAPM en los hechos que le fueran imputados por la Fiscalía General de la Nación y que ahora son materia de juzgamiento.

[...] si bien es cierto a lo largo de su intervención durante el juicio oral, MPQ entregó detalles sobre lo que habría sido el momento en el cual sufrió una agresión por parte del padre de su hija I.P.Q., la Sala no puede pasar por alto que su narrativa se encuentra llena de imprecisiones y vacíos que minan su credibilidad, razón por la cual carece de la fuerza suasoria necesaria para tomarla como una prueba determinante sobre la responsabilidad de AP.

En efecto, el primer elemento que pone en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la denunciante, es precisamente el relacionado con su afirmación de ser la compañera sentimental de FAP para el momento de los hechos materia de juzgamiento, y que, para el 27 de febrero de 2013, ambos convivían en el mismo domicilio.

Tales aseveraciones fueron desmentidas por los testigos JM P, MYMM y BRV, además del mismo

implicado, personas que durante la vista pública fueron categóricos en señalar que PQL no vivía con PM para el día de los hechos, pues para ese entonces él hacía vida marital con BR.

[...]

Ahora bien, para la Corte no deja de resultar llamativo el hecho de que, finalmente, no existe prueba alguna sobre las lesiones presuntamente causadas por PM a MPQ, [...]

Así las cosas, estima la Corte que en el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación no pudo llevar al juzgador al estándar de conocimiento exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para la imposición de una condena contra de FAPM, ya que los elementos de convicción allegados a la actuación no gozan de la fuerza suasoria suficiente para demostrar que fue éste la persona que causó las lesiones corporales que presentaba en su cuerpo MPQL , emergiendo una duda procesal insuperable que debe ser resuelta en favor del procesado»

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

