



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Mayo 05 de 2023 n.º 04

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

**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 ibidem 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 redundante 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 impedian 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 ÈVE, 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 ÉVE, 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

efectuado 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 cumpliendo 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 redundaba 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 definitorias 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.

**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 m<sup>2</sup>.
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 m<sup>2</sup>. 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 7º 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 7º 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 secretaria 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. Preciso 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 1° de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y VEJ, Secretaria de Hacienda mediante Decreto No. 001 del 1° de enero de 2008 al 1° 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, exjefe de la Oficina Jurídica del Inocoder.

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 895,48m<sup>2</sup> 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 m<sup>2</sup>, 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 740m<sup>2</sup>, 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 740m<sup>2</sup> 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 243m<sup>2</sup> 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 740m<sup>2</sup> 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 O, 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 LÉRP 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 [...] correspondía 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 evaluadores 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 distingo, 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 m<sup>2</sup> 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 m<sup>2</sup>, 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 7º 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.

---

#### **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 fijó 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, insístase, 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 trababa 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 libraré 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».

---

**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, extraprocésal / **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.UM 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 invistió 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 predicaban 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 AÍAC, 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 «¿sírvese 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.

---

**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 reemplazó 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 omnicomprendiva, 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, término a tener en cuenta, desde el momento en que este probado que el sujeto dejó 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

**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 [...], si 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 innecesaria 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.

---

**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.

**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. Hacia 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 presencié 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, recíprocamente, 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 secretaria 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 secretaria 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 secretaria 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 indiciaria 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.».

---

***Olga Lucía Linares Lopez***  
***Relatora***

*relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co*  
*Teléfono: 5622000 ext. 9318*  
*Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá*

