



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP2339-2020

Radicación No. 51.444

(Aprobado acta No. 135)

Bogotá, D. C., primero (1°) de julio de dos mil veinte (2020).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**, y las impugnaciones formuladas directamente por **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS** y **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, la cual revocó la providencia de carácter absolutorio emitida el 4 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, para condenarlos por el delito de peculado por apropiación, en la modalidad continuada, en calidad de intervinientes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Entre los años 2006 y 2007, **SONY ALDANA LLANOS**, **RAFAEL MIZRACHI MILHEN**, LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA, JORGE SEGUNDO HURTADO, MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA**¹, en su supuesta calidad de trabajadores aportantes al régimen pensional de prima media con prestación definida, solicitaron ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, para lo cual aportaron documentos de su esfera personal, que sirvieron de base para que algunos funcionarios de nivel intermedio – presustanciadores- de la entidad le confirieran visos de legalidad a historias laborales falsas que acreditaban el cumplimiento del número de semanas exigidas por la Ley para el reconocimiento del referido derecho, siendo que nunca cotizaron al sistema o, si lo hicieron, no en la cantidad exigida por la ley para obtener dicha prestación.

ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS, como abogado de su hermano JAIRO, hizo lo propio, al reclamar la pensión de vejez, sin que satisficiera los presupuestos normativos para ser beneficiario de dicha prerrogativa -edad y períodos de cotización-.

¹ Es de resaltar que, a DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN la Fiscalía le atribuyó haber logrado el reconocimiento de una pensión de vejez que le reportó como retroactivo la suma de \$63.564.884. Sin embargo, se acreditó que, el poder por ella conferido al abogado JOSÉ JAVIER SILVA ESCOBAR, lo había sido para obtener la sustitución pensional de su fallecido esposo y que, al enterarse del irregular reconocimiento, reembolsó el valor cancelado.

El jefe de atención al pensionado y nómina del Instituto de los Seguros Sociales reconoció y pagó las respectivas pensiones a los peticionarios, incluyendo el dinero por concepto de retroactivo.

En febrero de 2007, dicho servidor advirtió inconsistencias entre el número de semanas que figuraba en la base de datos de la entidad y las que certificaban las historias laborales físicas obrantes en las carpetas de más de 90 personas, a quienes se les reconoció la pensión de vejez, entre las cuales se encontraban los procesados.

En consecuencia, el funcionario que identificó las irregularidades procedió a realizar las respectivas denuncias ante la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación, procediendo también a efectuar una investigación administrativa, gracias a la cual se concluyó que las pensiones fueron obtenidas a través de medios fraudulentos, ante lo cual se decidió revocar los actos administrativos respectivos.

Los montos de los dineros públicos objeto del peculado fueron los siguientes:

i) **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS:** \$11.644.544 por concepto de retroactivo².

² En este punto, es necesario precisar que, si bien el Tribunal señaló que el monto de la cuantía ascendía a \$57.501.432, lo es porque sumó los \$45.856.888 de las mesadas pensionales no contemplados en la imputación y en la acusación.

ii) **SONY ALDANA LLANOS:** \$122.367.388 (\$93.484.094 por razón del retroactivo y \$28.883.294 por las mesadas)³.

iii) **RAFAEL MIZRACHI MILHEN:** \$123.989.672 (\$62.601.945 por el retroactivo y 61.387.727 de mesadas)⁴.

iv) **LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS:** \$36.775.494 (\$35.170.564 por retroactivo⁵ y \$1.604.930 por mesadas), suma que no fue pagada porque oportunamente se detectó el fraude.

v) **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS:** \$80.294.735 por concepto de retroactivo⁶.

vi) **MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA:** \$99.841.347 (\$63.497.459 de retroactivo y \$38.343.888 de mesadas).

vii) **MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA:** \$86.289.114 (\$68.916.308 por retroactivo y \$17.372.806 de mesadas).

viii) **JORGE SEGUNDO HURTADO:** \$25.797.767 (\$4.337.000 por razón del retroactivo y \$21.460.767 de las mesadas).

³ Es de precisar que el Tribunal no incluyó los \$21.761.151 pagados con ocasión de la acción de tutela promovida para lograr que se le siguiera pagando la pensión, que sí fueron referenciados en la imputación y tácitamente en la acusación, al señalar que el monto total de la exacción ascendía a más de \$140.000.000 y que fueron probados con la pericia contable rendida por JAIRO NÚÑEZ ARENAS.

⁴ Se impone aclarar que el *ad quem* omitió considerar dentro de la cuantía parte de las mesadas pagadas por acción de tutela que sí fueron incluidas en la imputación y la acusación. En efecto, de acuerdo con la imputación las mesadas pagadas lo fueron por valor de \$45.157.837 y \$41.238.869 y según la pericia contable recién referenciada fueron \$54.045.770.

⁵ De acuerdo con la imputación el retroactivo ascendía a \$41.172.902.

⁶ Repárese en que la colegiatura incluyó el valor de las mesadas canceladas por valor de \$7.715.405; no obstante, esta suma no fue objeto de la imputación.

ix) MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA: No se alcanzó a expedir la resolución porque se detectó oportunamente el fraude.

x) **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA:** \$40.983.252 (\$16.987.623 por retroactivo y \$23.995.629 en mesadas).

Finalmente, respecto de PHANOR ROJAS LIBREROS, habría acudido a la acción de tutela, para el pago de mesadas pensionales dejadas de pagar por virtud de la revocatoria directa de las resoluciones de reconocimiento, pero ni en la imputación ni en la acusación se especificó el valor exacto de la cuantía.

2. El 4 de junio de 2009, el Juez Treinta y Uno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali le impartió legalidad a la captura de GERMÁN JOSÉ CONDE HERRADA, CARLOS GABRIEL ORTIZ QUIÑONEZ, ROSA IRIS CEBALLOS, MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA, DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN, PHANOR ROJAS LIBREROS, **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, SONY ALDANA LLANOS, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA, EDWIN GARCÍA OSPINA, JORGE SEGUNDO HURTADO, ANA BEIBA LIBREROS, LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, BLANCA GRAJALES DE FRANCO, LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS** y MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ.

A continuación, el Fiscal 48 Seccional de Cali formuló imputación a los capturados en los siguientes términos:

2.1 GERMÁN JOSÉ CONDE HERRADA, CARLOS GABRIEL ORTIZ QUIÑONEZ y PHANOR ROJAS LIBREROS: peculado por apropiación, a título de intervinientes, y, fraude procesal⁷, ambos en la modalidad continuada (artículos 397, inciso 1° y 453 del Código Penal).

2.2. ROSA IRIS CEBALLOS y EDWIN GARCÍA OSPINA: peculado por apropiación, fraude procesal, falsedad en documento público y, asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, los dos primeros como continuados y el tercero “eventualmente” bajo esa misma modalidad o en concurso homogéneo, y a todos en calidad de autores (artículos 397 inciso 1°, 453, 291 y 434 *ibidem*).

2.3 MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA y DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN: peculado por apropiación, en calidad de intervinientes y en grado de tentativa y fraude procesal (artículo 397⁸ y 453 *ejusdem*)⁹.

2.4 **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**: peculado por apropiación, como interviniente y fraude procesal (cánones 397, inciso 3° y 453 *ejusdem*)¹⁰.

2.5. **SONY ALDANA LLANOS**: peculado por apropiación, a título de interviniente y fraude procesal¹¹, en concurso

⁷ No se especificó el grado de participación.

⁸ No se especificó el inciso del delito por el cual se imputaba.

⁹ No se especificó el grado de participación.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

homogéneo (artículos 397 inciso 1° y 453 *ejusdem*), ambos en la modalidad continuada.

2.6. MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA**, JORGE SEGUNDO HURTADO, ANA BEIBA LIBREROS, **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, **RAFAEL MIZRACHI MILHEN**, BLANCA CECILIA GRAJALES DE FRANCO y MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA: peculado por apropiación continuado, en calidad de intervinientes y, fraude procesal¹² (artículos 397 inciso 1, y 453 *ejusdem*).

2.7 LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, peculado por apropiación, como interviniente y en grado de tentativa y, fraude procesal (artículo 397 inciso 3 y 453 del Código Penal)¹³.

Ninguno de los imputados aceptó cargos y a todos se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

3. El 3 de julio de 2009 se radicó el escrito de acusación¹⁴, el cual involucró las siguientes precisiones:

3.1. Respecto de CARLOS GABRIEL ORTIZ QUIÑONEZ, GERMÁN CONDE HERRADA, **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS** y PHANOR ROJAS LIBREROS, el delito de fraude procesal se les endilgó en calidad de coautores.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Cfr.* folios 87-122 del cuaderno original 3.

3.2. Frente a **SONY ALDANA LLANOS, RAPHAEL MIZRACHI MILHEN**, ANA BEIBA LIBREROS DE MONDRAGÓN, LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA, BLANCA CECILIA GRAJALES DE FRANCO, JORGE SEGUNDO HURTADO, MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA, DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN y **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** el punible de fraude procesal se atribuyó en grado de determinadores.

3.3. En cuanto a la última mencionada, el injusto de peculado por apropiación se le enrostró como consumado.

3.4. Finalmente, en torno a EDWIN GARCÍA OSPINA y ROSA IRIS CEBALLOS, todas las conductas fueron atribuidas a título de coautoría.

4. El 6 de octubre posterior se radicó una modificación al escrito¹⁵ en los siguientes términos:

4.1. Ruptura de la unidad procesal respecto de PHANOR ROJAS LIBREROS y DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN, la última a efecto de llevar a cabo audiencia de preclusión, con la advertencia de que, de no prosperar tal solicitud, se acusaría en cuerda procesal aparte.

4.2. Retiro de la acusación para CARLOS GABRIEL ORTIZ, GERMÁN CONDE HERRADA, EDWIN GARCÍA y ROSA IRIS CEBALLOS,

¹⁵ Cfr. folios 11-18 del cuaderno original 5.

con el propósito de investigarlos, conforme al régimen de la Ley 600 de 2000.

4.3. Variación de la calificación jurídica que involucró la adición del delito de uso de documento público falso respecto de todos los procesados, de las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1 y 12 del artículo 58 del Código Penal y de otro delito de fraude procesal, para quienes formularon acción de tutela, a efecto de que se ordenara al Instituto de Seguros Sociales continuar con el pago de las mesadas pensionales (**SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**), así como la precisión en el sentido de atribuirles el grado de intervinientes en el delito de peculado continuado -el cual contempla el valor del retroactivo y de las mesadas pagadas-, y en los demás de determinadores frente a los finalmente acusados.

Así mismo, en punto de este último reato, se señaló el inciso del artículo 397 *ibidem* aplicable en cada caso, según la cuantía de lo apropiado:

4.3.1. **SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS, MARÍA EUDOCIA HERRERA, MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA, BLANCA CECILIA GRAJALES DE FRANCO¹⁶ y JOSÉ JOAQUÍN REYES:** inciso 2°.

¹⁶ También aquí se le atribuyó el grado de tentativa.

4.3.2. ANA BEIBA LIBREROS DE MONDRAGÓN y JORGE SEGUNDO HURTADO: inciso 1°.

4.3.3. MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA y **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**¹⁷: inciso 3°

5. El 8 de enero de 2010 la Fiscalía radicó una adición al escrito de acusación para declinar la ruptura de la unidad procesal frente a PHANOR ROJAS LIBREROS y acusarlo por los delitos de peculado por apropiación y fraude procesal, en tanto punibles conexos.¹⁸

6. El 9 de junio del mismo año, bajo la presidencia del Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali se dio inicio a la audiencia de formulación de acusación¹⁹ en la que se rechazó la solicitud de adición del escrito de acusación frente a ROJAS LIBREROS, el Fiscal leyó la adición recién referenciada y se denegaron las nulidades propuestas por la bancada de la defensa.

6.1. Confirmada esta decisión por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali²⁰, el 23 de noviembre de 2010, con la salvedad consistente en precisar que sí cabía la adición frente a ROJAS LIBREROS se prosiguió con dicha audiencia, pero solo se formuló acusación en relación con **SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS, ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS, JOSÉ JOAQUÍN REYES**

¹⁷ Como en la imputación se les volvió a endilgar la conducta en la modalidad tentada.

¹⁸ Cfr. folios 107-110 del cuaderno original 5.

¹⁹ Cfr. folios 117-120 *ibidem*.

²⁰ El 9 de agosto de 2010. Cfr. folios 136-144 *ibidem*.

CORREA, BLANCA CECILIA GRAJALES DE FRANCO, JOSÉ SEGUNDO HURTADO y MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA²¹:

6.2. Por su parte, a PHANOR ROJAS LIBREROS, se le formuló acusación el 13 de abril de 2011²² en los mismos términos del escrito.

6.3. La verbalización de la acusación respecto de ANA BEIBA LIBREROS DE MONDRAGÓN, LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA y DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN²³ se llevó a cabo el 2 de noviembre ulterior²⁴, con la modificación consistente en señalar que el título de imputación para estos procesados, en los delitos de uso de documento público falso y fraude procesal, era el de coautores. La de MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA se llevó a cabo, por su parte, el 21 de febrero de 2013²⁵.

7. La audiencia preparatoria²⁶ tuvo lugar en diferentes sesiones (7 de mayo²⁷ y 28²⁸ y 29²⁹ de noviembre de 2013, 1º de octubre de 2014³⁰ y 20 de febrero de 2015³¹) y el juicio

²¹ Cfr. folios 156-158 *ibidem*.

²² Cfr. folio 17 del cuaderno original 6.

²³ Se precisó que, pese a que, en la adición a la acusación se predicó la ruptura de la actuación frente a esta procesada respecto de la cual se iba a solicitar preclusión de la investigación, como quiera que ella no fue aceptada por la judicatura, se decidió acusarla en la misma causa de los demás procesados.

²⁴ Cfr. folios 62-63 del cuaderno original 6.

²⁵ Cfr. folios 95-97 *ibidem*.

²⁶ En el decurso de la audiencia preparatoria se presentaron preclusiones por causa de muerte respecto de BLANCA CECILIA GRAJALES DE FRANCO y ANA BEIBA LIBREROS DE MONDRAGÓN, mismas que se encuentran debidamente fundamentadas en los autos del 20 de febrero de 2015 y 1 de octubre de 2013.

²⁷ Cfr. folios 128-131 del cuaderno original 6.

²⁸ Cfr. folios 153-157 *ibidem*.

²⁹ Cfr. folios 163-164 *ibidem*. Se precisa que en el acta se anotó como fecha de la diligencia el 28 de noviembre de 2013.

³⁰ Cfr. folios 196-200 *ibidem*.

³¹ Cfr. folios 214-217 *ibidem*.

oral se cumplió en iguales condiciones (30 de junio³², 1³³, 2³⁴, 3³⁵ de julio de 2015, 8³⁶ de febrero, 11³⁷ y 13³⁸ de julio, 4³⁹ de agosto de 2016). Al final se anunció sentido del fallo absolutorio.

8. Acorde con lo anterior, el 4 de agosto de la misma calenda se profirió la sentencia de rigor⁴⁰. En este punto, es del caso precisar que, la absolución de PHANOR ROJAS LIBREROS solo comprendió el delito de fraude procesal.

9. Inconformes con la decisión, el representante del ente persecutor⁴¹ y el representante de la víctima⁴² apelaron la decisión y el 25 de mayo de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali la revocó, para en su lugar:

9.1. Declarar la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de uso de documento público falso, fraude procesal y peculado por apropiación en grado de tentativa y cesar el procedimiento en relación con los mismos punibles - no se especificó en favor de quiénes-.

³² Cfr. folios 1-3 del cuaderno original 7.

³³ Cfr. folios 7-9 *ibidem*.

³⁴ Cfr. folios 13-15 *ibidem*.

³⁵ Cfr. folios 19-21 *ibidem*.

³⁶ Cfr. folios 52-54 *ibidem*.

³⁷ Cfr. folios 77-79 *ibidem*.

³⁸ Cfr. folios 83-86 *ibidem*.

³⁹ Cfr. folios 96-98 *ibidem*.

⁴⁰ Cfr. folios 102-129 *ibidem*.

⁴¹ Cfr. folios 159-172 *ibidem*. En este punto, es indispensable destacar que la Fiscalía solicitó expresamente, en el recurso de apelación contra el fallo de primer nivel, que dicha decisión fuera confirmada respecto de DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN, habida cuenta que no logró demostrar su “intervención” en los delitos objeto de acusación.

⁴² Cfr. folios 173-180 *ibidem*.

9.2. Condenar como coautores (intervinientes) del delito de peculado por apropiación a **SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA** y **MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA** a ciento setenta y tres (173) meses y siete (7) días de prisión y a **JORGE SEGUNDO HURTADO, JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS** a ciento treinta y nueve (139) meses quince (15) días de prisión, así como a todos a la sanción de multa equivalente al monto de lo apropiado y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término que la sanción aflictiva de la libertad.

9.3. Negarles, por igual, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁴³.

9.4. Compulsar copias disciplinarias contra el juez de primera instancia, el fiscal y el representante del Ministerio Público por razón de la prescripción de la acción penal frente a varios de los punibles enrostrados.

10. Contra el fallo de segundo nivel, **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**⁴⁴, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA**⁴⁵ y **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**⁴⁶ interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

⁴³ Cfr. folios 72-117 del cuaderno original 8.

⁴⁴ Cfr. folios 126 y 152-165 *ibidem*.

⁴⁵ Cfr. folios 129-134 *ibidem*.

⁴⁶ Cfr. folios 137-141 *ibidem*.

11. Los apoderados de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**, por una parte, y de **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, por otra, interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación⁴⁷.

12. El 13 de julio posterior, el Tribunal aclaró la sentencia en el sentido de precisar que:

12.1. La prescripción de la acción penal por el delito de uso de documento público falso operó en relación con **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, **SONY ALDANA LLANOS**, **RAFAEL MIZRACHI MILHEN**, **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, **MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA**, **MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA**, **JORGE SEGUNDO HURTADO**, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA**, **MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA** y **LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS**.

Así mismo, frente al punible de fraude procesal dicho fenómeno devino en favor de todos los nombrados y de **PHANOR ROJAS LIBREROS**.

Por último, respecto al reato de peculado por apropiación, en grado de tentativa, y a título de intervinientes la prescripción también se declaró en torno a **MARÍA RUBIRIA ARENAS BEDOYA** y **LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS**.

⁴⁷ Cfr. folios 166, 167 *ibidem*.

12.2. La condena por el delito de peculado por apropiación en relación con el grupo de sentenciados a 173 meses y 7 días lo fue conforme al artículo 397, inciso 2 del Código Penal, y los restantes de acuerdo con el inciso 1º.⁴⁸

13. La defensa de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS** presentó, dentro del término, la demanda correspondiente⁴⁹.

14. Mediante auto del 11 de septiembre de 2017, el juez plural declaró desierto el recurso de casación formulado en favor de **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, y denegó, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal vigente para la época, la apelación elevada por los mismos⁵⁰.

15. El libelo de casación en torno a **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS** fue admitido el 27 de abril del 2018⁵¹, convocándose a la respectiva audiencia de sustentación oral que se llevó a cabo el 28 de agosto de ese año⁵².

LA DEMANDA

⁴⁸ Cfr. folios 173-176 *ibidem*.

⁴⁹ Cfr. folios 190-220 *ibidem*.

⁵⁰ Cfr. folios 284-285 *ibidem*.

⁵¹ Cfr. folios 112-113 del cuaderno de la Corte

⁵² Cfr. folios 178-179 *ibidem*.

El libelista identifica a las partes y la sentencia impugnada, reproduce el aspecto fáctico tal y como fue concebido por el *ad quem* y sintetiza la actuación procesal, luego de lo cual propone tres cargos contra la sentencia recurrida.

1. Primero (principal)

Con fundamento en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 397, 29 y 30 del Código Penal.

Lo anterior, afirma el recurrente, porque el Tribunal consideró que los servidores públicos vinculados en los hechos acreditaban las exigencias de cualificación y, en consecuencia, podían “*ser catalogados como autores del delito de Peculado (sic) por apropiación y consecuentemente catalogar a los particulares beneficiarios de la pensión como partícipes de esta ilicitud cuando en realidad se configura un delito contra el patrimonio económico.*”⁵³

Destaca el libelista que el artículo 397 del Estatuto Sustantivo Penal exige una doble cualificación del sujeto activo, en tanto, se requiere de la calidad de servidor público y, además, que, en razón de ella, ostente una responsabilidad funcional sobre el objeto material del delito.

⁵³ Cfr. folio 212 del cuaderno 8.

Aunado a lo anterior, el demandante arguye que:

(...) en el caso objeto de análisis, los servidores públicos tildados de corruptos por el Juzgador de Segunda Instancia no tenían bajo su responsabilidad funcional los recursos de la institución porque si bien tenían participación en el trámite de las solicitudes de pensión no es posible afirmar apegándonos al significado de las palabras que administraban, custodiaban o tenían tales bienes. Es tan cierto el asunto, que requirieron engañar a quien tenía la administración y custodia de los bienes, el señor TOMAS JOAQUÍN REYES.⁵⁴

Según el demandante, el fallador de segunda instancia omitió realizar un análisis sobre las funciones de los servidores públicos vinculados al caso, de manera que, MINSA SINISTERRA y HÉCTOR FABIO LLANOS, como funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales, no tenían responsabilidad funcional respecto de los bienes objeto de apropiación, ya que a estos únicamente les correspondía hacer las liquidaciones o controlar su calidad, actividades que, si bien se enmarcan dentro de la serie de actuaciones administrativas para el reconocimiento de las pensiones, no son más que labores instrumentales, toda vez que la administración y custodia de los bienes recae sobre quien reconoce y ordena la pensión.

En suma, se indica que, los referidos servidores públicos, quienes no fueron juzgados en este proceso, no cumplían las condiciones para ser catalogados como autores del delito de peculado por apropiación, razón por la cual no se puede afirmar la ocurrencia de este injusto. En consecuencia, constituye un equívoco condenar a los particulares como intervinientes de dicho punible.

⁵⁴ Cfr. folio 210 *ibidem*.

También hizo alusión a la improcedencia de que concurren los delitos de peculado por apropiación y fraude procesal, manifestando que ello implicaría que los funcionarios se engañaron a sí mismos.

Solicita casar la sentencia y absolver a sus representados.

2. Segundo (subsidiario)

Con apoyo en la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, acusa la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por suposición, ya que el *ad quem* dio por probada la participación de servidores públicos en la tramitación de la pensión de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**, pese a que no se produjo prueba específica al respecto.

Precisa la defensa que, el fallador de segunda instancia debía encontrar acreditada la existencia y calidad de los autores del delito de peculado por apropiación, para después predicar la participación de los intervinientes en el punible, pues esta figura no es autónoma.

En concordancia con lo anterior, el libelista afirma:

En la decisión de segunda instancia se hace referencia a la intervención de funcionarios corruptos del ISS con quienes se dice se confabularon los particulares que obtuvieron el reconocimiento

*u (sic) pago de la pensión de vejez pero no obra en esta actuación prueba que permita afirmar quiénes eran esos servidores públicos ni en qué consistió su actuación.*⁵⁵

El demandante señala que, en la sentencia de segunda instancia no se indicó cuáles fueron las actuaciones de los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales, relativas a la tramitación de la pensión de vejez de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**, así como tampoco se estudió el cumplimiento de las calidades de dichos servidores para ser considerados autores del delito de peculado por apropiación.

Manifiesta el censor que, por parte de la Fiscalía, tampoco se hace alusión específica a los presustanciadores ni a sus calidades y, sin embargo, se tuvo como probada la existencia de los autores.

Así, pues, el recurrente precisa que, es indispensable la existencia del autor para poder pregonar la responsabilidad penal de una persona a título de interviniente, lo cual se dio por sentado por los falladores de instancia sin que mediara prueba de ello, puesto que, a lo sumo, se contaba con simples referencias de que los servidores públicos estaban siendo procesados bajo otra ley procedimental.

Por lo anterior, reprocha el demandante que, no se ha alcanzado el conocimiento más allá de toda duda razonable exigido para proferir fallo de carácter condenatorio, razón por

⁵⁵ Cfr. folio 206 *ibidem*.

la cual se mantendría incólume la presunción de inocencia de sus prohijados.

Reclama casar la sentencia y absolver a sus prohijados.

3. Tercero (subsidiario)

Por la ruta del numeral 1° del artículo 181 de la Ley procedimental, indica que se incurrió en violación directa de la ley sustancial, al considerar que «*se están aplicando indebidamente normas legales llamadas a regular el caso*»⁵⁶, lo que desemboca en una vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.

Es así como el censor afirma que, en la presente causa, se le dio aplicación a la figura del delito continuado, pese a que no se estructuraban los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales para ello.

Lo anterior, al entender que el comportamiento desplegado por **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS** se concretó en la radicación de la solicitud de pensión, pues dice el recurrente que, de cara a la sentencia del *ad quem*, fue ella la acción específica que se les endilgó, sin embargo, aclara que los efectos de la conducta en comento se prolongaron en el tiempo, motivo por el cual se configura un concurso de conductas punibles y no un delito continuado.

⁵⁶ Cfr. folio 230 *ibidem*.

El libelista acude al desarrollo dogmático de la figura en cuestión y, finalmente, cita algunos apartados de pronunciamientos de esta Corporación que abordan la mencionada figura.

Adicionalmente, dice que *«el Tribunal afirma la existencia de un delito continuado a pesar de no recurrir el elemento fundamental como es que se trate de varios actos, en este caso se atribuye un solo acto, de una conducta que el autor ha decidido fraccionar para su ejecución teniendo un designio único.»*⁵⁷

Solicita casar la sentencia en el sentido de excluir la modalidad de delito continuado y dosificar nuevamente la pena de **SONY ALDANA LLANOS** y **RAFAEL MIZRACHI MILHEN**.

LAS IMPUGNACIONES ESPECIALES

Tal como quedó expresado en la síntesis de la actuación procesal, contra el fallo de segundo nivel, ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS⁵⁸, JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA⁵⁹ y LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS⁶⁰ interpusieron y sustentaron oportunamente el recurso de apelación.

No obstante, mediante auto del 11 de septiembre de 2017, el juez plural declaró desierto el recurso de casación

⁵⁷ Cfr. folio 190 *ibidem*.

⁵⁸ Cfr. folios 126 y 152-165 *ibidem*.

⁵⁹ Cfr. folios 129-134 *ibidem*.

⁶⁰ Cfr. folios 136-141 *ibidem*.

formulado en favor de dichos procesados, y denegó, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, vigente para la época, la alzada elevada por los mismos⁶¹.

Ante ese panorama y teniendo en cuenta que, la Corte cambió su postura frente a la posibilidad de impugnar la primera condena en sede de segunda instancia y, a efecto de evitar una discriminación negativa que pudiera afectar el derecho a la igualdad de los citados enjuiciados, esta Corporación encuentra procedente ocuparse, en el caso concreto⁶², de los argumentos de las apelaciones, los cuales pasa a sintetizar enseguida:

1. JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA y LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS

Son dos los memoriales que recogen las inconformidades de los citados procesados; no obstante, como quiera que son idénticos formal y sustancialmente se sintetizarán de manera conjunta.

Luego de definir a los delitos especiales como aquellos que solo pueden ser cometidos por sujetos que reúnan las cualidades previstas en el tipo penal y de clasificarlos en impropios y propios, según se trate de delito común o no,

⁶¹ Cfr. folios 284-285 *ibidem*

⁶² Esto no se sería posible teniendo en cuenta que el cambio de postura de la Corte es posterior a la interposición de las impugnaciones especiales, sino fuera porque concurren con el recurso extraordinario de casación formulado en favor de **MIZRACHI MILHEN** y **ALDANA LLANOS**.

resaltan cómo no se estableció por el ente acusador ni por los juzgadores quiénes eran los sujetos calificados y no calificados, pues solo se habló de unos servidores públicos que habrían sido condenados bajo el rito de la Ley 600 de 2000 y de unos particulares usuarios del I.S.S.

A juicio de los recurrentes, en los delitos especiales propios no era posible responsabilizar a todos los acusados como coautores, pues los no calificados solo podían responder a título de intervinientes del delito del autor.

Luego de referirse, con apoyo en doctrina nacional, a las categorías de autor y partícipe, con especial énfasis en el interviniente, insisten en que, en este caso, no se determinaron los *intraneus* y *extraneus*, ni cuáles fueron los actos de cooperación, celebración o participación entre ellos, de manera que no se sabe *qui[é]n era el servidor público que en calidad de intraneus tenía relación funcional con los bienes del Estado, y, dónde está el acuerdo y la intervención de un particular extraneus*⁶³.

En cuanto al delito de peculado, aseguran que no hubo delito continuado, para lo cual cita a varios doctrinantes extranjeros, quienes aluden al cumplimiento de requisitos fundamentales: objetivos (pluralidad de acciones y unidad de ley violada y de sujeto pasivo) y subjetivos (unidad de designio, propósito, intención o dolo) y, secundarios: identidad de ocasión, conexión espacial y temporal y empleo

⁶³ Cfr. folio 130 del cuaderno 8.

de medios semejantes, presupuestos que estima insatisfechos en este caso.

Además, aseveran que la modalidad continuada del peculado no les fue atribuida en la acusación por la Fiscalía.

2. ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS

Parte por destacar el derecho que le asiste a impugnar la primera condena dictada por el Tribunal, con soporte en las sentencias C-792 de 2014 y SU215 de 2016 y la consideración según la cual, la administración tiene vedada la revocatoria directa de los actos administrativos, sin la intervención de un juez, cuando se han creado situaciones jurídicas de carácter particular.

Asegura, en este punto, que, *«para mejor comprensión de los hechos que terminaron con la decisión de los jueces falladores es indispensable retrotraer los hechos – circunstancias- elementos materiales – evidencias e información recaudada y aportada al proceso que dieron lugar al inicio de acciones penales y porque (sic) no administrativas.»*⁶⁴

Explica que, como abogado litigante, recibió poder de su hermano JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS, para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que anexó fotocopia de la cédula y registro civil de nacimiento. Previo a ello, anota, asistió a

⁶⁴ Cfr. folio 163 del cuaderno 8.

una reunión, dirigida por funcionarios del ISS en la que se le advirtió que aquellos eran los documentos mínimos que había que anexar y que el Seguro Social “aportaba” la historia clínica, tras lo cual se podía o no obtener dicha prestación o la indemnización sustitutiva.

Luego de algunos meses, señala, se expidió el acto administrativo que le reconoció la pensión a su representado, el cual una vez en firme «*tenía la condición de legalidad y seguridad jurídica*»⁶⁵, sobre todo porque ELIZABETH MOLINA, jefe de Historia Laboral y Nómina de Pensionados, indicó que la verificación se sometió a más de 10 filtros. El peticionario recibió el pago del retroactivo y de unas cuantas mesadas.

Enseguida, después de recordar que la acusación por los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación en grado de interviniente se fundó en el hecho de que JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS no había cotizado ninguna semana al ISS, resaltó como en la audiencia preparatoria solicitó la incorporación de una «*certificación oficial expedida por Bogotá*»⁶⁶ del número de semanas cotizadas en cuantía cercana a las 1000, prueba que, sin embargo, no fue atendida por la Fiscalía, ente que le imputó haber introducido una historia laboral falsa, siendo que, ella reposaba en los archivos de la institución.

Así mismo, el recurrente sostiene que, el órgano investigador no aportó información sobre él sino acerca de su

⁶⁵ Cfr. folio 163 *ibidem*

⁶⁶ Cfr. folio 162 *ibidem*.

hermano, de modo que se *«terminó investigando al abogado del defendido más no al que supuestamente había entregado el mandato»*.

Se queja de que el peculado se tasara por una suma global cercana a los ocho mil millones de pesos y no de forma individual y de que luego fuera cuantificada, con la ayuda de un perito, introduciendo un retroactivo reconocido en favor del censor.

Reprocha que el Tribunal confundiera la responsabilidad de los enjuiciados con la de él como mandatario de su familiar y que se desconociera que los valores pagados a éste -\$11.644.544 y \$45.856.688 por concepto de mesadas y retroactivo, en su orden- fue producto de su gestión como apoderado en el marco del principio de la buena fe.

Se duele de ser mencionado entre las personas que solicitaron el reconocimiento de la pensión de vejez, utilizando una historia laboral falsa –página 10 del fallo-.

Argumenta que, así como las resoluciones fueron confiables para TOMÁS JOAQUÍN REYES MILLÁN, quien las suscribió por haber superado los filtros, también debía serlo para él.

Teniendo en cuenta que, MARCO TULIO TOMBÉ MOSQUERA afirmó que los únicos que tenían acceso a la historia laboral eran los funcionarios de la oficina de Historia Laboral y

Nómina, considera que con ello se exoneró a los particulares de toda responsabilidad. Además, encuentra relevante que dicho testigo manifestara que el 85% de la información de la historia laboral suministrada por el Seguro Social no es confiable.

Reprueba, por igual, que el investigador del CTI JHON MARIO VALENCIA VICTORIA no corroborara la información de semanas cotizadas con las empresas que el ISS catalogó de inexistentes y liquidadas.

Aunque se aduce que en la carpeta obra el poder que le confirió su hermano, nada se dice de que en ella fuera encontrada la «famosa historia laboral fraudulenta»⁶⁷.

Cataloga como falacia el que se afirme en el fallo impugnado que la prueba pericial y testimonial indica que participó en el ilícito con FABIO LLANOS MARMOLEJO y MINSA SINISTERRA, ya que, contrario a ello, los testigos de cargo manifestaron que desconocían los funcionarios que intervinieron en el delito y nunca se demostró que tuviera vínculos de amistad con ellos.

Asegura que no es verdad que se abrieron investigaciones administrativas para que los beneficiarios de las pensiones dieran sus explicaciones, pues ELIZABETH MOLINA LOAIZA señaló que la suspensión y el retiro de nómina se realizó mediante el aplicativo y, luego, por orden telefónica

⁶⁷ Cfr. folio 159 *ibidem*.

del Gerente Nacional de Historia Laboral, pero no por algún acto administrativo, de manera que ellos no sabían por qué se les suspendió el pago.

Añade que, si bien el perito contable dio cuenta de las sumas reconocidas a JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS, no se demostró que le hubieran sido consignadas.

Para el memorialista, en punto de la coautoría atribuida, no era posible deducir un acuerdo común entre los procesados y los funcionarios del ISS porque no se demostró quiénes fueron estos. Tampoco podía hablarse de una empresa criminal, porque la Fiscalía no logró acreditar que existiera, tanto así que no pudo imputar el delito de concierto para delinquir.

Arguye que la conducta endilgada es atípica dado que no presentó elementos probatorios tendientes a engañar a funcionarios del ISS y no actuó con dolo. Concluye repudiando los argumentos que sirvieron al juzgador para negar los subrogados de ley, destacando, al respecto, la imposibilidad de resocialización en las cárceles del país.

Solicita revocar la sentencia de segunda instancia.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa

Reiteró los planteamientos plasmados en el libelo.

2. La Fiscalía

El Fiscal Segundo Delegado ante la Corte se opuso a los cargos de la siguiente manera:

La primera censura no está llamada a prosperar, porque la defensa aceptó tácitamente los hechos y la valoración probatoria de la sentencia recurrida.

Lo anterior se refleja en la censura invocada, ya que de allí se deduce que se tuvieron por acreditados todos los elementos del tipo de peculado por apropiación, pese a lo cual, el demandante pretende la configuración de otro delito, imponiendo su propia valoración probatoria.

El segundo reproche tampoco tiene vocación de éxito porque el impugnante no señala cuál fue el medio de convicción que, no habiendo sido practicada en el juicio, fue supuesta por el Tribunal, simplemente, dice que no obra prueba respecto de quiénes eran los servidores con los que se confabularon los acusados. Esto permite concluir que el defensor no leyó con detenimiento el fallo o pretende una especie de tarifa probatoria que, en todo caso, tampoco indicó.

Con la declaración de JOAQUÍN REYES, el Tribunal entendió demostrado que, las historias laborales fueron adulteradas por MINSA SINISTERRA y HÉCTOR FABIO LLANOS, quienes eran presustanciadores y, de cara al ejercicio de sus

funciones al interior de la entidad, lograron convencer al señor TOMAS JOAQUÍN REYES para que firmara las resoluciones de los reconocimientos de pensión de vejez.

El tercer cargo se debe desestimar, pues no es cierto que el Tribunal aplicara de manera errónea los presupuestos del delito continuado. El equívoco del demandante radica en pretender que la actuación de sus acudidos se agotó con la radicación de la petición, pero olvida que la finalidad pretendida y lograda fue obtener una resolución que les reconoció un ilegal pago retroactivo, además de que mes a mes se presentaban a cobrar la ilícita mesada, entonces, en cada período estaban consumando la conducta, teniendo allí la pluralidad de actos homogéneos.

En consecuencia, solicita no casar el fallo impugnado y subsidiariamente, habida cuenta que dice carecer de competencia para pronunciarse respecto de la impugnación formulada contra la primera condena emitida por el Tribunal tras revocar la absolución -pues ello le correspondería al Fiscal del juicio-, pide que la impugnación especial sea conocida por la Sala Especial de Primera Instancia y que agotado ese trámite regrese el proceso a la Corte para resolver el recurso extraordinario.

3. El Representante de la víctima

Solicita no casar la sentencia impugnada por lo siguiente:

3.1. Fueron suficientes las elucubraciones realizadas por el Tribunal, en el sentido de que, como lo señaló la Fiscalía, no existió otra cosa más que la calificación jurídica de los aquí condenados en calidad de intervinientes, determinación realizada como extensión de la coautoría por falta de la cualificación personal exigida por el delito, respecto de lo cual no cabe reparo alguno, por esto, jurídicamente el cargo no está llamado a prosperar.

3.2. Solicita se despache de manera desfavorable el segundo cargo, conforme al principio de libertad probatoria, descartando la existencia de una tarifa legal.

3.3. Con las pruebas se acreditó que los procesados mes a mes se presentaban a cobrar de manera fraudulenta e ilegal las mesadas pensionales. Así las cosas, se configura el delito continuado.

Pide no casar la sentencia.

4. El Ministerio Público

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal pide no casar la sentencia acusada con fundamento en las siguientes razones:

En la decisión de la CSJ con radicado 32645 de 2016 se precisa que, «*no necesariamente los funcionarios públicos deben administrar materialmente bienes del erario público,*

*también lo pueden hacer jurídicamente y basta con el ejercicio de un deber funcional*⁶⁸ respecto a aquellos.

Además, los testimonios de JOAQUÍN REYES MILLÁN y MARCO TULLIO TOMBÉ se refieren a varios servidores que trabajaron en el Instituto de los Seguros Sociales y que eran presustanciadores, entre ellos, MINSA SINISTERRA y HÉCTOR FABIO LLANOS, teniendo estos el acceso a las historias laborales, mismas que fueron alteradas. Estos funcionarios están siendo investigados bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000.

El testigo REYES MILLÁN dijo que firmó las resoluciones de reconocimiento de pensión de vejez bajo el convencimiento de que se habían hecho las revisiones del caso y se encontraron superados los filtros respectivos.

Refirió el *ad quem* que, la solicitud de **SONY ALDANA LLANOS** se presentó el 6 de septiembre de 2006 mediante apoderado; se registra entonces la solicitud donde no aparecía ninguna semana cotizada y luego en la historia dubitada figuran 1.248 semanas, detectándose también cambio de salario. Destacó la Procuradora que el apoderado en comento es el doctor JUAN DE DIOS LLANOS MARMOLEJO, hermano del señor HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO; este último funcionario del ISS es quien sustanció la carpeta de la señora **SONY ALDANA LLANOS**. Tanto el abogado referido

⁶⁸ *Cfr.* record 25:10 del Cd contentivo de la audiencia de sustentación del recurso extraordinario de casación.

como el funcionario (hermanos) están siendo juzgados por el procedimiento de la Ley 600 de 2000.

El Tribunal expuso que los acusados no tenían la posibilidad de hacer los cambios por sí mismos en las historias laborales, pero sí el conocimiento y la voluntad para que se configurara el delito, ya que nunca habían cotizado en el seguro social y, sin embargo, recibieron los dineros por cuenta de la pensión de vejez.

El investigador JOHN VALENCIA encontró que HÉCTOR FABIO LLANOS, al ingresar a trabajar al ISS, reportó como su domicilio la dirección de la residencia del señor **RAFAEL MIZRACHI**, es decir, se conocían desde antes del ilícito objeto de investigación.

Finalmente, tras citar la sentencia con radicado 51233 de 2018, en torno a los elementos para que se configure el delito continuado, concluyó que los acusados defraudaron al Estado conforme a esa figura.

Solicita no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Al cierre de su intervención, el Fiscal Segundo Delegado ante esta Corporación se pronunció frente a la presunta incompetencia de la Sala de Casación Penal para conocer de

la “impugnación especial” formulada tras la emisión de condena en sede de segunda instancia, porque, a su juicio, ha debido ser conocida por la Sala Especial de Primera Instancia, luego de lo cual sí podría desatarse el recurso extraordinario de casación.

Por igual, en la impugnación formulada por el procesado **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, se hace expresa la inconformidad por no haberle concedido la oportunidad de apelar el fallo de segunda instancia, atendiendo los parámetros de la sentencia CC C-792 de 2014.

Sobre el particular, es irrefutable que, en el estado actual de cosas, el derecho a la impugnación de la primera condena es una prerrogativa que se desprende de los artículos 29 de la Constitución Política⁶⁹, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles⁷⁰ y 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷¹.

Así mismo, la sentencia CC C-792 de 2014 declaró la inexecutable –diferida de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y exhortó al Congreso de la República para que, en el término de un año, contado a partir de la

⁶⁹ «(...) Quien sea sindicado tiene derecho a... impugnar la sentencia condenatoria,...».

⁷⁰ «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior...».

⁷¹ Convención Americana de Derechos Humanos: «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

notificación de esa providencia, regulará integralmente el derecho a impugnar los fallos que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez, disponiendo además, que, en caso de que el legislador incumpliera ese deber, se entendería, en adelante, que procede dicha garantía respecto de tales providencias ante el superior jerárquico o funcional respectivo.

Como quiera que, en efecto, el Congreso hizo caso omiso a ese mandato del máximo órgano de la jurisdicción constitucional -salvo lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 para los aforados constitucionales-, la Sala de Casación Penal ha venido garantizando la doble conformidad judicial de las sentencias condenatorias a través de distintos mecanismos, como se describió en el proveído CSJ AP1263- 3 abr. 2019, rad. 54215 A partir de la citada decisión y a fin de otorgar un tratamiento jurisdiccional homogéneo a los supuestos de emisión de condena por primera vez en segunda instancia, se adoptaron medidas provisionales orientadas a garantizar dicha prerrogativa.

En ese orden, es claro que no se incurrió en ninguna irregularidad sustancial, por cuanto hasta el momento no se ha expedido la ley que regule el derecho mencionado y, en todo caso, a efecto de dar alcance a la sentencia CC C-792 de 2014, esta Corte admitió la demanda promovida por la defensa de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**, haciendo manifiesto que lo hacía atendiendo la posición de los impugnantes dentro del proceso, en particular, frente a una sentencia condenatoria proferida en sede de segunda

instancia, decisión en la que no se reparó en el cumplimiento de la técnica casacional y que es acorde con la posición jurisprudencial vigente para la época en que la Sala decidió sobre la admisibilidad del recurso de casación.

Del mismo modo, es del caso precisar que, el Tribunal no dio curso a la impugnación que, en su momento, formulara la defensa de algunos de los procesados -ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS, JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA y LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS- contra el fallo de segundo nivel, como quiera que, para esa época la Corte no admitía el trámite de la misma y el cambio jurisprudencial recién referenciado se produjo mucho después.

Sin embargo, como se anunció atrás, atendiendo que, esta Corporación varió su postura al respecto, a la par que la Corte examinará de fondo la demanda de casación promovida por la defensa de **MIZRACHI MILHEN** y **ALDANA LLANOS**, también se ocupará de las impugnaciones elevadas por **MONDRAGÓN LIBREROS**, **REYES CORREA** y **TRIANA LLANOS**, a efecto de garantizar los derechos al acceso a la administración de justicia y a la igualdad y el principio de doble conformidad judicial, para lo cual responderá conjuntamente, en las aristas del principio de limitación, aquellas críticas de las alzas que coincidan con los cargos formulados en el recurso extraordinario y, de forma autónoma las restantes.

2. Delimitación de los problemas jurídicos planteados

Inicialmente, corresponde a la Sala examinar si es viable la imputación jurídica del delito de peculado por apropiación a título de intervinientes de los acusados, de cara a la actividad delictiva de los funcionarios presustanciadores del Instituto de Seguros Sociales y el engaño al que habría sido sometido TOMÁS JOAQUÍN REYES MILLÁN, Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, por parte de aquellos, para la suscripción de las resoluciones de reconocimiento de pensión de vejez y la orden de pago de las mismas, propósito en el cual aludirá al tratamiento del concurso de personas *extraneus* e *intraneus* en los punibles especiales y al fenómeno de la autoría mediata en este tipo de reatos.

Así mismo, constatará si el Tribunal incurrió en infracción directa de la ley sustancial, como consecuencia de la presunta atipicidad de la conducta de peculado por apropiación, en punto del elemento estructural del tipo, relativo a la responsabilidad funcional de los servidores públicos autores de la misma y, consecuentemente, verificará si es posible edificar juicio de reproche en cabeza de los procesados –usuarios- a título de intervinientes.

De igual manera, evaluará si se recayó en falso juicio de existencia por suposición, en torno a la prueba de la participación de servidores públicos en el trámite de las pensiones de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**, por una parte, y **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, por

otra, y, finalmente, analizará si se infringió de manera directa la ley sustancial con la aplicación indebida de la figura del delito continuado.

En todo caso, evaluará, dentro del principio de limitación, es decir, en relación con los reproches señalados, si el *ad quem* recayó en algún yerro de juicio, con efecto trascendente, en el ejercicio de valoración probatoria, a fin de garantizar el principio de doble conformidad judicial.

3. La autoría en delitos especiales propios – responsabilidad de los intraneus y extraneus-

3.1. El tratamiento jurídico de las categorías dogmáticas de autoría y participación en los tipos penales especiales propios e impropios no ha sido homogéneo en los sistemas penales contemporáneos, toda vez que la doctrina, las legislaciones internas y la jurisprudencia se han orientado por diversas soluciones según privilegien aspectos tales como los conceptos unitario, restrictivo y extensivo de autor, los principios de accesoriedad, de unidad de imputación y las teorías del dominio del hecho y de infracción de deber.

Ahora bien, partiendo de la teoría del dominio del hecho, acogida por la doctrina dominante, es indispensable distinguir entre autor y partícipe, empezando por señalar que el primero es todo aquel que ejecute la conducta con dominio del hecho (artículo 29 del Código Penal) y el segundo es el

que preste una colaboración no esencial en la realización de la misma sin tener tal dominio (artículo 30 *ibidem*).

Este puede expresarse como dominio de “*la acción*”, cuando es el autor inmediato o directo el que desarrolla el comportamiento, de “*la voluntad*” si se utiliza a otro como instrumento en autoría mediata, o “funcional” –objetivo y positivo–, bajo el concepto restrictivo de autor⁷², si es que se realiza en conjunto con otros, esto es, en coautoría propia⁷³ o impropia.

Recuérdese que la coautoría impropia exige cumplir con las siguientes características: i) un acuerdo o plan criminal común entre los agentes, de manera que cada uno de ellos se comprometa a asumir una tarea parcial o total del acuerdo de voluntades, ii) división del trabajo, en el que ninguno de los sujetos activos realiza completamente el comportamiento típico de manera individual, iii) el aporte debe ser importante, o sea, de tal magnitud, que sin ella no se hubiese producido el resultado típico y, iv) la actuación tiene que realizarse en la fase ejecutiva del recorrido criminal.

Por su parte, quienes no dominan objetiva y positivamente el hecho son cómplices, si prestan una ayuda o brindan un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, o determinadores,

⁷² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; Díaz y GARCÍA COLLEDO, Miguel. Determinación objetiva positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. Anuario de la Facultad de Derecho. Vol. VIII. Universidad de Alcalá, 2000, p. 61.

⁷³ Si todos los sujetos realizan por sí mismos todas las acciones consumativas del delito.

si mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier medio idóneo, logran que otra realice material y directamente la conducta desvalorada descrita en un tipo penal.

El dilema surge de la necesidad de reconocer que en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor, el que reúna la cualidad exigida en el tipo penal (*intranei* o *intraneus*) –a diferencia de los punibles comunes en los que cualquiera puede ser autor-, puede darse la concurrencia de varios sujetos inscritos en esa cualidad personal y de otros que no la tienen –*extranei* o *extraneus*-, los cuales contribuyen a la comisión del ilícito como partícipes –determinadores o cómplices- o, según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, como verdaderos autores –con dominio del hecho- sin la cualidad exigida en el tipo, los que en nuestro ordenamiento penal fueron identificados como intervinientes (inciso 4º del artículo 30 del Código Penal).

En este punto, es oportuno resaltar que, el asunto no ha sido pacífico, en la medida que, algunos doctrinantes y sistemas punitivos se inclinaron por aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la comunicabilidad de circunstancias, en la que, tratándose de delitos especiales impropios⁷⁴, los *intranei* serían los únicos

⁷⁴ Esto es, los que tienen correspondencia con un delito común –Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal. Colección: Maestros del derecho penal, No. 20. Editorial B de F. Buenos Aires. 2007. P.222.-, o mejor «la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común.» Cfr. ABANTO VÁSQUEZ. Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber”. Revista penal No. 14, 2004. P. 4.

que podrían ser juzgados por el delito especial, mientras los *extranei* habrían de hacerlo por el reato común semejante. Así, en el supuesto de un delito de peculado, el *intranei* con dominio del hecho sería autor de este punible, mientras el *extranei* podría ser autor o cómplice. Al contrario, es decir, si el *extranei* es el que tiene el dominio, éste respondería como autor del hurto y el *intranei* como partícipe de peculado.

Por su parte, si se estuviera ante un delito especial propio, la impunidad se abriría paso bajo la citada teoría, respecto del *extraneus*, porque no habría un tipo penal subyacente en el que pudiera adecuarse la conducta.

Tal dificultad, sumada a que, dicha teoría rompe el postulado de accesoriedad porque, en los supuestos de dominio del hecho por el *intraneus*, la responsabilidad del *extraneus* no depende del delito especial, sino de uno común no ejecutado verdaderamente y viceversa, permitió avanzar a un modelo que se afianza en la unidad del título de imputación, teoría adoptada en el Código Penal colombiano de 2000, por lo menos parcialmente, como enseguida se precisará.

En efecto, la corriente dominante de la doctrina se ha mantenido en la idea de que, en esta clase de punibles, todos los extraños que participen en la ejecución de la conducta, tengan o no el dominio del hecho, no pueden ser autores inmediatos, mediatos o coautores, sino simplemente partícipes de la infracción, de modo que, si actúan induciendo al *intraneus* a cometer el punible, serán

determinadores, si, en cambio, solo le prestan una colaboración en el delito serán cómplices, pero si, aún, materialmente, actúan con dominio funcional, por acuerdo previo con el *intraanei*, o instrumentalizando al sujeto activo cualificado, no podrán ser coautores o autores mediatos, respectivamente, sino cómplices, por cuanto, el *extranei* jamás podría tener la cualidad subjetiva que demanda el tipo penal especial.

No obstante, ante lo artificial de que, un verdadero autor, con pleno dominio del hecho -por supuesto, sin la cualidad establecida para el sujeto activo- de la conducta de un delito especial -*extraneus*-, respondiera como cómplice, en Alemania -párrafo 1 del artículo 28 del Código Penal⁷⁵- se acudió a la fórmula de establecer una cláusula legal dirigida a atenuar punitivamente al extraño que no es partícipe sino materialmente autor, solución importada en el Código Penal de 2000, al consagrar la figura del interviniente, descrita en el inciso final del artículo 30, según la cual, «*al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.*»

Aunque una primera lectura de ese precepto se orientó en el sentido de señalar que dicho interviniente podía ser solamente partícipe -determinador o cómplice- y beneficiarse en el caso de éste último de una doble rebaja: la de cómplice

⁷⁵ Art 28.1 StGB: (1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (Instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.

–de una sexta parte a la mitad- más la de interviniente –una cuarta parte-, una segunda aproximación a la norma, la cual se ha mantenido invariable- concluyó que, aquél es un coautor que, teniendo el dominio objetivo y positivo de la acción, carece de la cualidad subjetiva del tipo especial, el cual, por tener un menor grado de injusto –o no estar sometido a una infracción de deber⁷⁶-, tiene que responder por la pena menguada equivalente a la del autor *intraneus*, menos la cuarta parte.

En la línea de pensamiento inicial, se inscribe la sentencia CSJ, SP, 25 de abril de 2002, rad. 12.191, en la que, tras recordar que dicha figura opera en los delitos especiales cuando concurren varios sujetos bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º), se asevera que el interviniente no corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino a un concepto de referencia respecto a personas que, sin reunir las cualidades especiales previstas en el tipo penal, toman parte en su ejecución, compartiendo roles con el sujeto calificado y siendo beneficiarios de una atenuación punitiva para el *extraneus*, como consecuencia de no haber infringido ningún deber jurídico especial derivado del bien jurídico protegido.

En ese orden, la Corte admitió que, se puede ser «*interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art.29), o se pueda ser interviniente*

⁷⁶ Bajo la teoría de la infracción de deber.

a título de partícipe (determinador o cómplice)», siempre y cuando alguno de los concurrentes, que toman parte en su realización, ostente la calidad especial y, por supuesto, «infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique».

De ahí que, a efecto de conservar la unidad de imputación, la distinción entre formas de intervención principales y accesorias, y el principio de proporcionalidad, de cara a la intensidad del injusto, se sostuvo que, el *extraneus*, sea este autor directo, mediato, coautor, miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, o determinador (instigador) o determinado (instigado), es merecedor de la rebaja punitiva propia del interviniente del artículo 30 del Código Penal; pero, si se trata del extraño que participa en calidad de cómplice, debía ser beneficiario de la doble disminución punitiva señalada atrás.

No obstante, a partir de la sentencia CSJ, SP, 9 jul. 2003, radicado 20.704, la Corte revaluó su criterio para significar que el determinador y el cómplice no integran el supuesto normativo del inciso final del artículo 30 del Código Penal, habida cuenta que, en el delito propio, no requieren de calidad alguna.

Precisó, además que, cuando dicho precepto utiliza la expresión “intervinientes” no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que *«congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la*

conducta punible», sino que emplea «un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación», pues puede suceder que haya sujetos que no reúnan las calidades y, aun así, «concurran a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor».

Para fortalecer su argumento, en clave del derecho a la igualdad, la Corporación destacó que

(...) no se entendería porqué razón a un determinador de un delito como peculado se le beneficiaría con una rebaja punitiva de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o porqué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia.

Es así como, la Sala concluyó que la rebaja punitiva del interviniente no es aplicable a ningún partícipe. En otras palabras, *«al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad».*

De esta forma, bajo la tesis que actualmente prohija la Corte, es claro que, si el *extraneus* coejecuta con el *intraneus* el delito especial, conservando el dominio del hecho, responderá a modo de interviniente –coautor desprovisto de

la cualidad subjetiva-, pero si su participación es accesoria, en tanto no tiene ningún dominio de la acción, podrá ser objeto del reproche jurídico penal, bien como determinador – si su colaboración fue instigadora- o cómplice –si su ayuda no fue de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita-.

Esta tesis, no solo ha sido reiterada de manera invariable por la Corte (CSJ, AP 15 de agosto de 2007, radicado 27.712, CSJ AP 23 de enero de 2008, radicado 28890, CSJ, SP 12 may. 2010, rad. 33.319, CSJ, SP 9 mar. 2016 rad. 46483, CSJ SP, 5 abr. 2017 rad. 47974, CSJ AP 29 nov. 2017, rad. 47741, CSJ AP, 1 feb. 2018 rad. 50969, CSJ AP 27 jul. 2018, rad. 52553, CSJ SP 27 ago. 2019, rad. 52001, CSJ, SP 12 sep. 2019, rad. 52.816, CSJ AP 30 oct. 2019, rad. 55244, entre otras), advirtiendo cómo «*el servidor público y el particular, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores, pero en el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores, sino que el servidor público es autor y el particular, interviniente, en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal*» (CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 26410), sino que fue avalada por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-1122 de 2008 y CC C-015 de 2018, al efectuar el control de constitucionalidad, respecto del inciso 4º del artículo 30 *ejusdem*.

En la última de ellas, acudiendo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, esa Corporación señala que el interviniente es aquel que, en concurso con el autor, realiza

como suya la conducta descrita en el verbo rector sin tener la condición especial exigida en el tipo penal, *«y es él el único destinatario de la disminución punitiva prevista para el extraneus, la cual, por consiguiente, no beneficia, ni al determinador, ni al cómplice»*.

Por lo tanto, sostiene ese órgano de justicia, la figura del interviniente únicamente opera frente a los delitos especiales, y la sanción penal, en abstracto, para los partícipes de un delito especial no se ve afectada por el hecho de que tengan o no, las condiciones especiales exigidas en el tipo penal. Y en cuanto al determinador, la pena será la misma que para el autor, tanto en delitos especiales, como en delitos comunes, *«y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del interviniente»*.

Finalmente, respecto de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, *«el concepto de interviniente, contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” extraneus de un delito especial»*, considera que se ajusta al derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. En todo caso, recuerda que el hecho de que la Corte Constitucional se haya pronunciado sobre esta interpretación en concreto, no limita la potestad de la Corte Suprema de Justicia, *«de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios*

constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad».

3.2. Ahora bien, el *intraneus*, por su lado, puede actuar como autor mediato –respecto de un *extraneus* o de otro *intraneus*–, lo que significa que teniendo el dominio del hecho, en tanto *hombre de atrás*, no realiza el comportamiento delictivo por sí mismo, sino que se vale de otro sujeto que en hipótesis de coacción, error, uso de inimputables o aparato organizado de poder, ejecuta el delito especial.

El *extraneus*, por su lado, no puede ser autor mediato de un injusto especial, porque adolece del elemento personalísimo del tipo, que, en el caso de los funcionarios públicos, está atado a un deber de fidelidad, como expresión del contenido antijurídico social-ético del hecho⁷⁷.

Dicho autor mediato, a su vez, puede actuar en concurso de personas, o sea, en coautoría mediata, si es que, varios sujetos, con dominio funcional del hecho, realizan la conducta punible a través de uno o múltiples individuos que se utilizan como instrumento(s).

La doctrina sostiene que no existe impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata, ya que si

⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal. Colección: Maestros del derecho penal, No. 20. Editorial B de F. Buenos Aires. 2007. P.200-201.

*un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan sólo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.*⁷⁸

De este modo, lo importante es auscultar la presencia de un “instrumento” utilizado, sin perjuicio del número de personas que se encuentren “atrás”.

La doctrina le ha otorgado un tratamiento restrictivo a la coautoría, no obstante, se ha evolucionado hacia una conceptualización más amplia y comprensiva, extendiendo su fórmula convencional a otra de las formas de autoría: la mediata, consiguiendo así una combinación especial que aborda nuevos retos, de cara a la variación y multiplicidad de expresiones del crimen.

Sobre el particular, si bien la fusión entre la coautoría y la autoría mediata ha adquirido auge a nivel del sistema penal internacional –casos Katanga y Ngudjolo de la C.P.I.-, nada obsta para extender tal figura a casos en los que participa un número plural de personas que instrumentalizan a otro(s) bajo un plan criminal previo, de modo que podría sostenerse que «*constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente*

⁷⁸ Miguel Díaz y García Conlledo. Autoría y Participación. Revista de estudios de la justicia. Universidad de Chile. 2008. Pag 33

*en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio del hecho) y de la autoría mediata*⁷⁹.

En ese sentido, se expresa que:

*No se exige que la herida o la sustracción o el envenenamiento se realice de propia mano (en nuestros ejemplos, cada sujeto podría, por ejemplo, realizar su aportación a través de otro en –co-autoría mediata), y desde luego, no se trata de una vuelta a la teoría objetivo-formal (sin desprestigiar lo acertado de ésta: la adscripción al tipo de la autoría). Se trata de combinar criterios materiales (apreciar las diferencias de dominio que se producen entre los distintos intervinientes en un hecho) con la estricta vinculación al tipo que debe poseer la coautoría en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas.*⁸⁰

En cuanto a los ingredientes objetivos de la coautoría mediata se requiere un plan común criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos y que la repartición de las tareas o roles esenciales para su ejecución pueda ser llevada a cabo, en parte, de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin. Como componente subjetivo es necesario que los agentes que fungen como coautores mediatos tengan conciencia de la ilicitud y del carácter esencial de su contribución.

Así las cosas, no es imposible fundir en una sola categoría dogmática a la coautoría y la autoría mediata, en la medida que, si, varios sujetos, con unidad de designio criminal, se aprestan a usar a otro para que ejecute

⁷⁹ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Revista de derecho penal y criminología, 3.a Época, No. 8, 2012, p. 189.

⁸⁰ Miguel Díaz y García Conlledo. La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas. Revista nuevo foro penal volumen 7 numero 76. Universidad EAFIT, Medellín. 2011. Pag 46.

materialmente la acción desvalorada, estarán en una hipótesis de coautoría mediata.

4. El delito de peculado por apropiación y sus elementos estructurales

El injusto en comento está plasmado en el artículo 397 del Estatuto de las Penas, de la siguiente manera:

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Del texto legal, se deduce que este injusto objetivamente está compuesto por: i) sujeto activo cualificado ii) verbo rector “apropiar” iii) sujeto pasivo cualificado: el Estado iv) objeto material real y, v) resultado material.

Ahora bien, tratándose de un tipo penal especial, sobre el autor de este ilícito recae una doble cualificación, puesto

que debe ser servidor público, pero, además, ejercer disponibilidad funcional sobre el objeto material.

En efecto, el servidor público debe reflejar, en sus competencias, la proximidad funcional con el bien, para que se satisfagan las exigencias objetivas del peculado por apropiación, respecto al particular tratamiento del autor

Ciertamente, frente a la posición especial que el agente ejerce sobre el bien objeto de apropiación, la Corte ha referido lo siguiente (CSJ, SP364 21 feb. 2018, rad. 51142):

Para la configuración del delito en mención, es necesario que concurra en el agente la calidad de servidor público, que tenga la potestad, material o jurídica, de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que desempeña y finalmente, que el acto de apropiación sea en provecho propio o a favor de un tercero, lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

De este modo, la potestad de disponer del bien se edifica en dos sentidos; uno material y otro jurídico, el primero, se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto y, el segundo, requiere de un proceso de abstracción, en virtud del cual se analiza el dominio o autoridad que el agente ejerce respecto a la cosa.

Ahora, en cuanto a la disponibilidad jurídica, esta Corporación ha enfatizado que, ella se predica de los servidores públicos frente a los bienes oficiales y que la misma está «vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales que por razón de sus competencias los hacía garantes de los

recursos públicos, elementos propios del punible de peculado.»
(CSJ, SP4490 10 oct. 2018, rad. 52269).

Se entiende, entonces, que ambas manifestaciones de la disponibilidad funcional satisfacen la exacción típica, sin que sean excluyentes entre sí. Es así como, este factor se anexa a la cualificación de servidor público y, ambos elementos deben concurrir para rotular a una persona como autora del ilícito de peculado por apropiación.

Claramente, es más amplia y comprensiva la interpretación de la disponibilidad jurídica en los casos en que existe una distribución de funciones en pro de la custodia y administración de los bienes, pues, en estos eventos, no radica en un funcionario el gobierno sobre ellos, sino que, por el contrario, una amalgama de servidores es la que se suma en su cuidado desde las funciones propias de cada cargo. Es por eso que, la Corte se ha precisado que (CSJ, SP4490 10 oct. 2018, rad. 52269):

Es cierto que de antaño ha sostenido la jurisprudencia que solo puede ser autor de peculado el funcionario que tiene la disponibilidad jurídica y material sobre el bien objeto de apropiación. Sin embargo, ese criterio ha tenido que modularse ante la necesidad de que la jurisprudencia ofrezca respuesta a la complejidad que intencionalmente ha venido implementando el Estado en el manejo de los recursos públicos con la finalidad de que exista mayor control en el manejo de los recursos, por ello en su custodia y disponibilidad interviene más de un funcionario.

Es así que en casación 16.569 de 9 de mayo de 2003, en donde se discutía si los hechos se adecuaban al tipo de estafa o al de peculado, ante el planteamiento del demandante acerca de que el servidor público no tenía relación funcional con los bienes del Estado, la Corte concluyó que la calificación de la conducta

correspondía a la del delito contra la administración pública, bajo los siguientes argumentos:

En orden a establecer si al libelista le asista razón, en estos dos argumentos, cuando el proceso de ejecución de conductas punibles contra la administración pública como la que aquí se trata, exigen una serie de comportamientos todos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es menester que la persona vinculada institucionalmente realice todas las acciones que supone la ejecución del delito, sino que basta para ser autor, poner al servicio del presupuesto fáctico la vinculación institucional y la disponibilidad jurídica sobre el bien, independientemente del aporte material en el proceso de consumación.

Y, en la misma línea, esta Corporación expresó (CSJ, SP, 11 de abril de 2018, rad. 50674):

3. A este respecto, esto es sobre el ámbito funcional de relación que el servidor público debe tener con los bienes, prolija doctrina de la Corte ha señalado que no está supeditado exclusivamente a aquellos supuestos en que la fuente de la atribución se ha previsto en forma estricta en normas de rango superior, legal o reglamentarias; esto es, que no se condiciona a hipótesis en que la Ley, en sentido amplio, haya indicado expresamente tal disponibilidad, ya que en no pocas ocasiones derivado de la propia índole de la función pública, concurren en la final destinación de los bienes públicos diversos servidores a través de la intervención en actos funcionales compuestos, razón por la cual en cada uno de ellos recae el mismo nivel de exigencia de responsabilidad, preservación y manejo.

4. El trabajo complejo realizado por diversas dependencias y servidores no siempre en funciones jerarquizadas, pero si en todo caso con distribución de tareas diferenciadas, que generalmente implica la disponibilidad de bienes o recursos públicos, no necesariamente obedece como se ha advertido a competencias estrictamente regladas, sino al ejercicio de deberes funcionales vinculantes para el manejo de tales recursos o bienes públicos.

En este sentido, bien se ha dicho que en no pocas oportunidades la disponibilidad del bien surge en virtud de los deberes que le asisten al agente, sin que se pueda exigir en dicho contexto una competencia material específica más allá de lo que implica desarrollar el desempeño de sus obligaciones en conjunción con otros servidores, en una correlación que precisamente conlleva dicha capacidad de disponibilidad de bienes públicos. En dicho sentido, la distribución de funciones por el contrario de atomizar la responsabilidad de los servidores, no solamente optimiza las

tareas públicas, sino que los vincula estrechamente con el manejo de dichos bienes o recursos.

Es más, en el proveído CSJ SP194-2018, rad. 51233, frente a idéntico caso, pero en relación con el juzgamiento de los funcionarios presustanciadores involucrados en el desfalco al ISS, la Corte hizo las siguientes reflexiones sobre el particular:

En lo que toca con el delito de peculado por apropiación, sobre el cual el libelista asegura que no era factible que se les predicara a las procesadas, pues no ostentaban la disponibilidad respecto de los bienes sobre los que recayó dicha conducta, es evidente que con tal postura el actor parte de un equívoco, pues si admite que las acusadas participaron en el trámite irregular que a la postre dio lugar a que el jefe de éstas, fruto del engaño del que fue objeto por ellas, reconociera varias pensiones, de esto se sigue que si tuvieron la referida disponibilidad.

En efecto, como el delito de peculado por apropiación prevé que “el servidor público que se apropie... de bienes del Estado... cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones” es sancionado con pena de prisión; cabe señalar que el elemento normativo subrayado ha sido entendido por la Sala como el relativo a la “disponibilidad”, respecto del cual ha precisado desde antaño que se debe entender en los siguientes términos:

...la expresión utilizada por la Ley —dijo la Corte en sentencia del 3 de agosto de 1976 y lo reiteró en la radicación 8729 del 4 de octubre de 1994— en la definición de peculado y que dice «en razón de sus funciones», que hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley, puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la

misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado” (Subrayas fura de texto, CSJ SP, 13 jul. 2006, rad. 25266. En el mismo sentido CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 38282; CSJ SP, 13 dic. 2013, rad. 40935 y CSJ SP, 12 oct. 2016, rad. 37098, entre muchas otras).

Obsérvese entonces, que en el caso de la especie, desde las injuradas, las procesadas MINSA SINISTERRA GARCÍA y LUCELLY LOAIZA JIMÉNEZ pusieron de presente que participaron en el trámite de reconocimiento de algunas pensiones en el otrora Instituto de los Seguros Sociales, en particular, la primera⁸¹, en el rol de “presustanciadora”, concretamente revisando que los peticionarios cumplieran con los requisitos previstos en la ley en cuanto a la documentación y demás condiciones necesarias para acceder a dicha prestación, mientras que la última⁸², en calidad de “control de calidad” de la anterior labor, lo hizo verificando que tal examen se hubiera realizado adecuadamente, tras lo cual, con el aval de cada una de ellas frente a su respectiva tarea, la actuación pasó al jefe de estas, quien era el encargado de reconocer la referida pensión.

Bajo esa perspectiva, es incontrastable que en efecto las procesadas, fruto del ejercicio de sus funciones, contaron con la disponibilidad de los bienes que a la postre fueron objeto del delito de peculado por apropiación, pues fue gracias a su intervención, específicamente pasando por alto la presencia de datos ajenos a la realidad y documentos espurios, que se logró el reconocimiento irregular de algunas pensiones.

Finalmente, de manera constante, la Corte ha sostenido que, en los delitos especiales, cabe la imputación en contra de los *extraneus*, en grado de intervinientes, cuando quiera que no se hubiere establecido la identidad del funcionario ejecutor del ilícito, por cuanto lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de un autor *intraneus* en la comisión de la conducta punible y el aporte del particular

⁸¹ Folio 262 y siguientes del cuaderno 8.

⁸² Folios 1 y siguientes del cuaderno 9.

en la misma. En ese sentido, ha expresado (CSJ, SP 12 sep. 2019, rad. 52816):

En tal sentido, la Sala ha precisado que «la condena a título de interviniente puede presentarse independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza, toda vez que la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible...De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta, aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél». (AP5257-2018).

En otras palabras, para condenar como coautor interviniente no resulta indispensable demostrar los pormenores del acuerdo, esto es, dónde, cuándo y cómo se concretó el pacto entre los intraneus y los extraneus sino que basta con evidenciar la comisión de la conducta punible por el sujeto activo calificado y el aporte fundamental del particular en su realización, pues, normalmente, quienes acuerdan infringir la ley no dejan prueba de ese hecho, como ocurrió en este evento.

De similar manera, ha precisado (CSJ, AP 5 de diciembre de 2018, rad. 53956):

Pues bien, la condena a título de interviniente puede presentarse independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza, toda vez que la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala, en tratándose de la relación entre el autor y el partícipe, cuyos efectos son extensibles al interviniente: «el carácter accesorio de la participación no depende de la existencia de prueba que permita identificar plenamente al autor o declarar su responsabilidad en los hechos, como equivocadamente lo entiende el casacionista, sino de la certeza de su existencia misma (de un autor), que ha realizado parcial o totalmente la conducta descrita en el tipo

penal»⁸³. De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta, aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél.

5. Sobre el concurso aparente o impropio de tipos

El demandante considera un contrasentido que exista un concurso real entre los injustos de peculado por apropiación y fraude procesal respecto de los funcionarios del ISS y, por consiguiente, frente a sus asistidos, debido a que en su sentir esto «(...) equivaldría a decir que [los servidores públicos encargados del trámite pensional] se engañaron a sí mismos para defraudar los intereses patrimoniales del Estado.»⁸⁴

No siempre el proceso de adecuación típica resulta tan sencillo como para establecer que una conducta humana jurídicamente desaprobada encaja de manera directa o indirecta –valga decir, atendiendo los dispositivos amplificadores del tipo- en una conducta delictiva específica, esto es, en un solo delito.

En verdad, muchas veces, son múltiples los actos –acciones y omisiones- y distintos los resultados que tornan difícil la caracterización normativa y punitiva para el fiscal o juez cognoscente.

⁸³ Cfr. CSJ. SP. de 22 de agosto de 2008, Rad. 26483, reiterada en SP. de 2 de marzo de 2011, Rad. 30970 y AP. de 28 de octubre de 2015, Rad. 46196. En el mismo sentido Cfr. AP. de 9 de diciembre de 2010, Rad. 31793.

⁸⁴ Cfr. folio 209 del cuaderno original 8.

Es así que, en ocasiones, el actor ejecuta un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas, perfectamente escindibles o autónomas, respecto de las cuales *no existe unidad de acción*, entendida esta como la realización de una misma acción –una o varias conductas- u omisión dentro de igual contexto (espacio-temporal) e idéntico objetivo o finalidad voluntaria, dando lugar, en esas circunstancias, a un mismo tipo penal o a varios (concurso material o real –homogéneo o heterogéneo-), de tal suerte que será indispensable la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

En otros eventos, el comportamiento penalmente relevante desplegado por el agente, en un contexto de unidad de acción, se identifica, al tiempo, con varios supuestos de hecho -múltiple desvaloración penal de la conducta- (concurso ideal); es decir, un mismo hecho da lugar a dos o más delitos.

Ahora, cuando se tiene la percepción equivocada de que se ha incurrido en un concurso ideal porque dos tipos penales parecen regir por igual un comportamiento criminal, en la medida que bajo el presupuesto de unidad de acción, la conducta, en realidad, se ajusta, formal y materialmente al desvalor de un solo injusto, se descende al ámbito del concurso aparente o impropio de tipos.

En esa disyuntiva, se ofrece oportuno acudir a unos principios de solución, concretamente, a los de especialidad, consunción –o absorción- y subsidiaridad, ampliamente

difundidos por la doctrina y la jurisprudencia, a efecto de seleccionar la norma que verdaderamente recoge el acontecer humano, para evitar que la persona sea sancionada varias veces por un solo comportamiento penalmente relevante (garantía del *non bis in idem*).

Ahora, en aras de no incurrir en la prohibición de doble incriminación, cuando de juzgar la existencia o no de concursos aparentes de tipos se trata, basta recordar que, conforme al postulado de *especialidad*, existiendo dos normas que describen la conducta jurídicamente reprochable –en relación de género a especie–, una general y otra que abarca idéntico contenido, pero la particulariza de forma más exhaustiva, es claro que la primera debe ser desplazada por la segunda.

Así mismo, las reglas del axioma de *consunción* implican verificar las disposiciones jurídicas que parecen regular el asunto, a efecto de determinar si una de las acciones desvaloradas en una de aquellas se encuentra comprendida dentro de la ejecución de la contemplada por la otra, de manera que deberá preferirse la que consume a las acciones menores.

Para ello, la doctrina invita a aplicar las subreglas relativas al i) *hecho anterior impune o acompañante –copenado–*, es decir, la conducta que siendo previa o concomitante al delito es absorbida por el tipo porque es de una entidad menor a la del evento principal y ii) *hecho posterior impune o copenado*, esto es, cuando la conducta

inmediatamente subsiguiente al comportamiento base o inicial tiene por fin alcanzar o afianzar el propósito logrado por el sujeto activo a través de la primera acción delictiva. En este escenario, aunque la segunda es típica queda consumida dentro de la primera siempre que no lesione otro bien jurídico protegido y el daño causado no se incremente.

Por su parte, el principio de *subsidiaridad* opera en aquellas ocasiones en que, ante la existencia de normas que conciernen a diversos grados de afectación del interés jurídico, corresponde escoger el precepto auxiliar, cuestión que regula directamente el legislador a través de cláusulas en las que manifiesta, por ejemplo, que la disposición rige siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor (subsidiaridad expresa), o de manera tácita, si al examinar la ley se advierte tal carácter como en los casos de delitos de paso en los que las infracciones de menor entidad cometidas antes del de naturaleza principal ceden ante éste, *verbi gratia* si el punible *ab initio* se ejecuta en la modalidad tentada pero enseguida se consuma; si el reato se comete en varios grados de participación (autor y cómplice) o si el acto punido empieza en su fase culposa y termina siendo dolosa.

Entonces, en aras de determinar si el funcionario judicial se encuentra ante un concurso aparente de tipos que debiera ser resuelto a través de la aplicación del principio de *non bis in idem*, resulta primordial establecer si existe o no unidad de acción y, comprobado este aspecto, si el comportamiento merece uno o varios reproches de carácter

penal, teniendo en cuenta los principios a que se hizo referencia atrás.

6. El caso concreto

6.1. De acuerdo con la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, se tiene que, un grupo de funcionarios del Instituto de Seguros Sociales, entre ellos, HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, MINSA SINISTERRA GARCÍA y SANDRA LILIANA RAMÍREZ RODRÍGUEZ –que no fueron juzgados en esta causa- se asociaron para defraudar las arcas de esa entidad, para lo cual instrumentalizaron al jefe del Departamento de Atención al Pensionado, a efecto de que, a partir de historias laborales falsas, previamente confeccionadas por ellos, este suscribiera las resoluciones de reconocimiento y pago de múltiples pensiones de vejez en favor de usuarios que no reunían los requisitos de ley para acceder a esa prestación, quienes por sí mismos o a través de abogados, con conocimiento y voluntad sobre la ilicitud, suministraron a los citados oficinistas los documentos que irían a soportar, junto con las referidas historias fraudulentas, las peticiones prestacionales.

Operó, entonces, entre los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales y los particulares, un concurso de personas para iniciar el trámite fraudulento de reconocimiento de pensión de vejez, con base en el cual desplegaron un actuar torticero en el que los primeros avalaron la realidad de las historias laborales previamente falsificadas y los segundos

aportaron el insumo documental para la conformación de los expedientes de solicitud respectivos.

Mientras tanto, el gerente de la institución no tenía conocimiento de la actividad criminal, por lo que, bajo el sometimiento a un error invencible de tipo, propiciado por sus subalternos, derivado de la presustanciación irregular del trámite pensional, que concretamente consistió en la ratificación de la veracidad de unas historias laborales que no coincidían con las asentadas en la base de datos oficial, autorizó el reconocimiento de las pensiones y el pago de los correspondientes retroactivos, bajo una apariencia de buen derecho.

En ese sentido, se tiene que, los funcionarios oficinistas actuaron en coautoría mediata y los particulares a modo de intervinientes en el punible.

Ciertamente, es evidente que cada uno de los particulares se puso de acuerdo con los funcionarios operativos para iniciar la fase ejecutiva del delito, la que se complementó con las labores tramposas de presustanciación de los trámites pensionales por parte de estos, y se consumó con la suscripción de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones deprecadas, en cabeza del jefe de atención al pensionado de la institución, el cual estaba amparado en la presunta realidad material de la información inserta en la documentación puesta a su consideración.

La responsabilidad de los funcionarios del nivel intermedio surge del hecho del acuerdo de voluntades entre ellos para defraudar al Instituto de Seguros Sociales, actividad que, básicamente, consistió en hacer pasar como auténticas unas historias laborales que reflejaban una realidad diversa, en términos de semanas cotizadas, cambios de salarios y patronales, a la que verdaderamente reportaban los solicitantes, actividad en la que soslayaron, desde las facultades propias de sus cargos, los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas, creando la ficción de legalidad en el trámite; aportes indispensables para la apropiación de los dineros, toda vez que sin la cooperación de cada uno de ellos no se hubiese podido perpetrar el delito, toda vez que los empleados del Instituto garantizaron que las solicitudes ilícitas de pensión avanzaran en el proceso interno de la entidad, lo cual se produjo en la fase ejecutiva del punible

Debido a la división del trabajo descrita anteriormente, cada uno de los oficinistas tuvo el dominio objetivo y positivo del hecho, pues se entrelazaron en una relación de co-dependencia causal en la estructuración del ardid que permitiría consolidar una situación de error, que finalmente sería trasladada a quien iría a fungir como su instrumento, o sea, al jefe de atención al pensionado de la entidad, con la facultad legal para ser utilizado en el perfeccionamiento del injusto.

Recuérdese, en este punto, que TOMÁS JOAQUÍN REYES MILLÁN no sabía del ilícito planeado ni actuó con arreglo a la

finalidad criminal de los defraudadores, pues estaba convencido de que su actuar era conforme a derecho, debido a que los empleados vinculados se encargaron de crear una estratagema para que él no se enterara de que en realidad los solicitantes no cumplían con los requisitos legales para acceder a la pretensión.

Es así que, REYES MILLÁN aseguró, en sede del juicio oral, que, suscribió las resoluciones debido a que confió en que se encontraban soportadas en información fidedigna, habida cuenta que las historias laborales aparecían refrendadas con la firma de cada uno de los funcionarios que intervinieron en la cadena de verificación, entre ellos, los presustanciadores HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, MINSA SINISTERRA GARCÍA, quienes según su dicho y el de TOMBÉ MOSQUERA se encargaban de contrastar los datos –fechas de ingreso, salida, semanas cotizadas, cambios de salario, números de patronales –es decir, de empleadores- que aparecían registrados en las historias laborales.

En los casos aquí investigados, tales documentos exhibían inconsistencias que, según lo destacó MARCO TULIO TOMBÉ MOSQUERA –funcionario del departamento de Historia Laboral del ISS-, eran perceptibles a simple vista, máxime para personas, como HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, con cerca de 20 años experiencia.

En efecto, TOMBÉ MOSQUERA destacó cómo, el único registro válido de semanas cotizadas por mes era de 28 o 35 días, según aquél fuera de 4 o 5 semanas, las cuales se

contaban de jueves a jueves, por lo que eran imposibles los reportes inferiores a esas cifras, los cuales, al ser detectados, junto con otras irregularidades como que, los números de patronal no aparecían con aportes o no existían o pertenecían a seccionales diversas a las verdaderas, o aparecían varios cambios de salario durante el año, que incluso, a veces, superaban el IPC, debieron ser sometidos a una exhaustiva verificación y reportados a la unidad de investigación de la entidad. En cambio, fueron ratificados por los presustanciadores y los liquidadores sin ninguna justificación aparente, generando en REYES MILLÁN la confianza necesaria para dar vida a los actos administrativos respectivos.

Así, pues, lo anterior se condensa en una manifestación de la coautoría mediata, toda vez que el gerente, con el estatus institucional descrito en el tipo penal, fue usado como herramienta criminal en función del designio delictivo de los empleados de la entidad, los cuales se apoyaron para cumplir su propósito en las acciones ilegales de los usuarios y abogados, quienes a sabiendas de que ningún derecho les asistía en la reclamación realizada, acudieron a pedirlo.

No sobra señalar que, en este caso, tanto el “*instrumento*”, quien, como se anotó atrás, no responde penalmente por haber ejecutado la acción desvalorada en un supuesto de error, como los coautores mediatos –esto es, los funcionarios presustanciadores- compartían la cualificación exigida por el delito perpetrado para el autor, de tal suerte que, al ser todos servidores públicos no existe dificultad

dogmática para la adecuación típica de los agentes. Recuérdese, en este punto, que, para que se concrete el supuesto de la autoría mediata en un delito especial como el de peculado por apropiación, se requiere que tanto el autor mediato –que aquí es de carácter plural- como el sujeto instrumentalizado tengan la misma cualidad exigida por el tipo.

Se configuró, por ende, una coautoría mediata entre los presuntanciadore, pues el jefe de atención al pensionado fue utilizado por los ellos –no por los particulares- quienes lograron imponer su voluntad delictiva sobre la de él, imprimiéndole al trámite una apariencia de legalidad, aspecto que dicho funcionario desconocía por completo y que los exime de responsabilidad, en tanto confió en que los filtros realizados por sus subordinados estaban arropados por la verificación fiel de la documentación aportada por los usuarios y la registrada en las bases de datos de la entidad.

Mientras tanto, los particulares cumplieron el rol de intervinientes, pues, no teniendo la cualidad de servidores públicos exigida en el tipo penal de peculado, prestaron su concurso para iniciar los irregulares trámites administrativos de reconocimiento de la pensión de vejez, aportando, para el efecto, la documentación que, junto con las historias laborales falsas adosadas a las carpetas en la entidad, sería el soporte de las decisiones ilegales.

6.2. En ese sentido, el ilícito perpetrado por los condenados es el de peculado por apropiación y no, un delito

contra el patrimonio económico -que ni siquiera fue identificado por el abogado de la pareja **MIZRACHI-ALDANA**-, tanto porque no se encuentra vigente la tesis doctrinal en el sentido de que el particular *extraneus* podría responder por el tipo penal simple correlativo al de carácter especial –o sea, sin la cualificación jurídica –para el caso, el hurto-, como debido a que, como enseguida se precisará, el comportamiento juzgado no se subsume en el reato de fraude procesal.

En realidad, se tiene que, contrario a lo argumentado por el demandante, se está ante unos delitos conexos; el fraude procesal y el peculado por apropiación -el primero prescrito-, que no pueden ser considerados una unidad, sino como entes autónomos, que concurren de forma material y no aparente.

En este evento, dichas conductas, aunque tienen una relación de medio a fin, son independientes, de manera que, a modo de conexidad ideológica, el primero se ejecutó para posibilitar la ejecución del otro, es decir, se agotó el primero para seguidamente consumir el segundo.

Y es que, los dos tipos penales en comento son básicos, comportan descripciones legales completamente autónomas y, no se inscriben en el mismo bien jurídico protegido.

En efecto, la sanción del delito de fraude procesal ampara la eficaz y recta impartición de justicia, y su concurrencia con el peculado supone la vulneración de otro

interés normativamente protegido, la administración pública, por manera que la falta de identidad en el objeto de protección de la norma penal impide que el concurso material deducido, se resuelva como un caso de colisión de normas penales, pues manifiestan un contenido de injusto propio que atiende, en cambio, un supuesto de concurso ideal, bajo el entendido que la inducción en error a un servidor público a través de medios fraudulentos, de ninguna manera constituye un juicio desvalorativo, tendiente a la exclusión del tipo penal que sanciona la apropiación en provecho propio o ajeno de los bienes estatales.

De lo anterior, se sigue que, pueden concurrir ambos delitos, máxime cuando, tratándose del fraude procesal, contrario a lo sostenido por el demandante, no es que los funcionarios se hubieren engañado a sí mismos, sino que lo hicieron respecto de su jefe –Director del Departamento de Atención al Pensionado– al avalar de manera conscientemente dolosa las historias laborales falsas de los usuarios aquí procesados, quienes, de igual manera, cohonestaron con esa actividad criminal.

En ese sentido, el Tribunal expresó:

Tampoco acertó el Juez al concluir que no se demostró la configuración del delito de fraude procesal porque la Fiscalía no demostró cuál fue el funcionario que resultó engañado. Tal afirmación desconoce abiertamente que con el testimonio de Tomas Joaquín Reyes Millán se estableció que éste, como ex Jefe del Departamento de Atención al Pensionado y Nómina del ISS, firmó las resoluciones de reconocimiento pensional a los aquí procesados bajo el convencimiento de que cada uno de ellos satisfacía los requisitos legales para ello. (...) utilizaron conscientemente esos documentos como elemento idóneo para

hacer que el funcionario público erróneamente declarara un derecho que los acusados no tenían; hecho este que es suficiente para adquirir certeza sobre la configuración del punible de fraude procesal atendiendo la idoneidad del proceder engañoso de los aquí implicados⁸⁵.

En este punto, resulta oportuno recordar los argumentos ofrecidos por la Corte, en sentencia CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233, en torno a similar crítica, elevada en el proceso en el que se juzgó el compromiso penal de los funcionarios presustanciadores:

Ahora, el argumento del impugnante según el cual, tampoco era posible deducirles a las procesadas LUCELLY LOAIZA JIMÉNEZ y MINSA SINISTERRA GARCÍA el delito de fraude procesal, pues ello equivaldría a concluir que “se engañaron a sí mismas”, es evidente que parte de supuestos de hecho contrarios a los que fueron declarados por el Tribunal.

Lo que dio por probado el Juzgador de segundo grado fue que las implicadas en mención, en su condición de servidoras del Instituto de los Seguros Sociales de la ciudad de Cali, avalaron documentos e información que no se ajustaba a la realidad, a causa de lo cual su jefe reconoció algunas pensiones.

A su vez, el fallador de segunda instancia por igual dio por demostrado, según se dejó sentado en líneas anteriores al tratar el tema del requisito de la disponibilidad, que las inculpadas, en razón de sus funciones, sí contaron con tal disponibilidad.

En esa medida, es claro que las enjuiciadas cometieron el delito de fraude procesal, pues con su comportamiento desviado dieron lugar a que se reconocieran irregularmente algunas pensiones por parte de su jefe, en concreto tras dar el aval a información y documentos que no recogían la realidad frente a los requisitos exigidos por la ley para acceder a dicha prestación como lo concluyó el Tribunal.

Por tanto, lo que se observa es que el censor convenientemente pierde de vista que fue gracias a que las procesadas deliberadamente pasaron por alto la falta de ciertos requisitos legales con el propósito de engañar a quien a la postre era el encargado de reconocer las pensiones, de donde se sigue que no

⁸⁵ Cfr. folios 91 y 92 del cuaderno 8.

es acertado afirmar —como lo hizo el recurrente—, que se “engañaron a sí mismas”.

Es que el hecho de que las procesadas contaran con la disponibilidad de los bienes sobre los cuales recayó el delito peculado por apropiación que se les endilga no permite exonerarlas del delito de fraude procesal, pues estas, como se viene de exponer y sin ambages lo concluyó el Tribunal, fueron las que propiciaron el engaño hacia su jefe.

En esa medida, es evidente que el defensor, para desvirtuar el delito de fraude procesal, muestra a las inculpadas como simples espectadoras de lo sucedido, cuando como se ha puesto de presente, contribuyeron decididamente al engaño de su jefe, particularmente dando el aval irregular a información y documentos para que se reconocieran algunas pensiones irregularmente.

En suma, debido a que el recurrente no tiene en cuenta el criterio sentado por la Sala acerca del alcance del requisito de la disponibilidad al tratar de desvirtuar el delito de peculado por apropiación, como tampoco el sustento fáctico del que se sirvió el Tribunal para concluir que en las procesadas sí era predicable tal exigencia y, de otro lado, se observa que el censor le dio a los hechos una interpretación contraria a lo que enseña la realidad procesal para descartar la estructuración del delito de fraude procesal, de esto se sigue que la censura objeto de análisis debe ser inadmitida.

Así las cosas, es palmario que no se incurrió en la violación directa de la ley sustancial por derivar la condición de intervinientes a los procesados en el delito de peculado por apropiación.

6.3. Según el censor, no existe en el proceso prueba alguna que acredite la calidad de autores de los servidores públicos involucrados en el trámite de las pensiones irregulares y de sus funciones, por consiguiente, a su juicio, no podría deducirse ninguna responsabilidad penal en cabeza de los aquí procesados.

Contrario a ello, se advierte que, atendiendo el principio de libertad probatoria, al debate oral fueron llevados por la Fiscalía, testigos que dieron cuenta de la forma en que varios de los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales que tenían la función de presustanciar el reconocimiento de las pensiones -entre ellos, MINSA SINISTERRA, HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO y SANDRA LILIANA RAMÍREZ RODRÍGUEZ- dieron curso a las solicitudes que pretendían prestaciones económicas a las que los peticionarios no tenían derecho, bien porque jamás habían cotizado al régimen de seguridad social en pensiones o lo habían hecho de manera precaria, propósito para el cual aquellos visaron las historias laborales falsas que exhibían sustanciales errores en la información ahí consignada, configurando el insumo necesario para que, convencido de la legalidad de los mismos, el Director suscribiera los actos administrativos correspondientes y ordenara el pago respectivo.

En efecto, al respecto, el Tribunal inicialmente valoró el testimonio de TOMÁS JOAQUÍN REYES MILLÁN -ex Jefe del Departamento de Atención al Pensionado- quien narró que en febrero de 2007 se enteró, a través de una de las abogadas de la Oficina de Historia Laboral y Nómina del ISS, de unas inconsistencias en la carpeta contentiva de la historia laboral de MARÍA RUBIRIA ARENAS, ya que en la mañana su historia laboral registró un número específico de semanas cotizadas, válidas para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pero en la tarde, inexplicablemente, contaba con las necesarias para la pensión de vejez; por lo que se hizo un

muestreo que reveló otras alteraciones de diversas carpetas, dando la orden, entonces, de no pago de la nómina.

Tras una investigación interna, contó el exfuncionario, se constató que cerca de 90 pensiones habían sido concedidas de manera irregular desde el año 2000, por lo que se formuló la denuncia de rigor y se iniciaron sucesivos procesos administrativos para revocar los actos administrativos de reconocimiento de las pensiones de vejez, en los que los pensionados no justificaron las inconsistencias.

Concretamente, frente a quienes fungen como procesados en esta causa, explicó que, la verificación de la base de datos del Instituto de Seguros Sociales y las carpetas físicas respectivas, dicha investigación enseñó que ninguno tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, porque nunca habían cotizado al sistema o las semanas registradas no eran suficientes para alcanzar el número exigido por la ley.

Narró, asimismo, que, al constatarse en la investigación administrativa que hizo la entidad, que las historias laborales eran falsas y que los únicos que tuvieron acceso a las mismas eran los funcionarios del ISS, la denuncia se dirigió contra seis o siete de ellos, entre los que recordó a MINSA SINISTERRA y a HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, en su calidad de presustanciadores.

Igualmente, el *ad quem* destacó lo narrado por MARCO TULLIO TOMBÉ MOSQUERA, ex funcionario de la Oficina de Historia Laboral del ISS, para hacer notar que es imposible que los presustanciadores del ISS no se percataran de las irregularidades en las historias laborales, si se tiene en cuenta que estaban entrenados para detectar inconsistencias como las que se exhiben en ellas. Así que, sabían que, para el cobro de los aportes pensionales no se contabilizaban los cortes salariales del mes en 30 días sino por el número de semanas que tuviera el mes -cada jueves-, de modo que el número de días reportados únicamente podía ser de 28 o 35; y si aparecía una cantidad distinta, como sucedió en este caso -de 8, 12, 14 o 22 días- era porque había un error que debía ser verificado y remitido el expediente a la unidad de investigación del Instituto.

Además, conforme lo ilustró dicho deponente, los funcionarios involucrados tendrían que haberse percatado de que las historias laborales eran falsas, pues se reportaron empresas que no existían o estaban liquidadas; números patronales que no correspondían a la Seccional Valle del ISS, además que la calidad del papel y de la impresión, tampoco eran las que usualmente se usaban, hecho este también corroborado por el perito grafólogo SENÉN MOSQUERA, quien precisó que se utilizó una impresora de matriz de punto, con diferencia en el número de puntos por carácter gráfico, que los logos del ISS no coincidían con los auténticos porque diferían en morfología, tamaño y disposición de las trazas y que los demás datos del cotizante, novedades registradas, períodos pagados por el reportante, el resumen de los días

pagados por salario, etc., pertenecían a impresiones digitales que tenían el mismo tamaño y morfología de las auténticas pero divergían en la ubicación de los símbolos dentro del plano topográfico del formato.

Finalmente, JHON MARIO VALENCIA VICTORIA, investigador del CTI, dio cuenta exacta de las irregularidades encontradas en los documentos que recaudó, entre las cuales se cuentan, i) la diferencia entre el número de semanas reportadas en las historias laborales de las carpetas y las de la base de datos del ISS; ii) el vínculo de familiaridad y/o amistad entre los pensionados, sus abogados y los presustanciadores investigados y iii) la similitud en el número de semanas, los cambios de salario, las fechas de retiro y los empleadores – inexistentes o de empresas liquidadas-.

Así, es palmario que, atendiendo la narración del citado testigo, a través del cual se introdujeron las carpetas de solicitud de pensión de cada uno de los usuarios, el testimonio de MARCO TULLIO TOMBÉ MOSQUERA, quien dio cuenta de las inconsistencias evidentes que exhibía cada historia laboral, así como la pericia contable rendida por JAIRO NÚÑEZ ARENAS⁸⁶, en torno al monto de cada defraudación, se probaron los siguientes hechos respecto de los recurrentes en casación y en impugnación especial:

⁸⁶ Aquí, es del caso resaltar, tal como lo hace ver el Tribunal, que el argumento toral de la sentencia absolutoria de primera instancia, consistió en señalar que no se acreditó el monto de las exacciones al erario público, cuando es claro que, con la pericia contable se dio cuenta específica de los valores objeto del peculado.

i) **SONY ALDANA LLANOS**. Con el ánimo fraudulento de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, esta persona inicialmente le confirió poder al abogado JUAN DE DIOS LLANOS MARMOLEJO, quien resultó ser hermano de HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, funcionario que, en su condición de presustanciador, junto con GUSTAVO VELÁSQUEZ, cumplió con la función de verificar la historia laboral integrada a la carpeta.

En este punto, es del caso resaltar que, como lo anotó el investigador VALENCIA VICTORIA, dicho funcionario, era conocido de la peticionaria, por cuanto el esposo de la acusada –**RAFAEL MIZRACHI MILHEN** (también procesado)- tenía una relación cercana con el mencionado servidor público -HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO-, en la medida que éste lo puso como referencia en la hoja de vida que el funcionario presentó para ingresar a trabajar en el ISS, además que citó como dirección de contacto la misma de aquél.

A pesar de que, la historia laboral objeto del examen, reflejaba como irregularidades relevantes cotizaciones por 2, 11, 14, 8, 22, 15, 7, 22, 11, 18 días al patronal Star Ltda. y 22, 5, 21, 8, 11, 7, 15, 22, 13, 7 y 14 días a otro patronal -Alfa-, lo cual, como se explicó atrás no tiene justificación, porque solo cabían las cotizaciones por 28 o 35 días, fue avalada por los citados empleados.

Tampoco se puede perder de vista el aumento significativo de salario consignado en la historia laboral falsa

que superó incluso el IPC, en la medida que pasó de estar tasado en \$275.000 a \$ 346.000, inconsistencias todas ellas que, sin embargo, no constituyeron impedimento alguno para que los funcionarios encargados de tramitar la pensión avalaran la petición respectiva.

De igual modo, resulta del todo anómalo que las cotizaciones por 1248 semanas a las empresas *Star* y *Alfa* resultaran iguales a las reportadas respecto de RENE MONDRAGÓN LIBREROS, JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS y OLGA BEATRIZ BRAVO CAJIAO.

También se acreditó la relación de la enjuiciada con otros coprocesados, pues, entre las referencias que anotó en el formulario de pensión está la señora MIRYAM KELLY LLANOS, quien es la esposa de LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS – igualmente conocido como DAGOBERTO MACHADO – persona esta ficta a la que se le canceló el cupo numérico al detectarse que no existía y que también obtuvo una pensión de vejez fraudulenta-, hermano este de JAIRO y ORLANDO e hijo de ANA BEIBA LIBREROS DE MONDRAGÓN, todos estos vinculados a este proceso.

Para que pudiera concretarse la apropiación fraudulenta, la mentada **ALDANA LLANOS**, sabiendo que jamás había cotizado al ISS, a través del abogado JUAN DE DIOS LLANOS MARMOLEJO acompañó, al formulario de solicitud de pensión, diversa documentación de su órbita estrictamente personal (*verbi gratia*, copia de la cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento, declaración extrajuicio de

convivencia, certificación de Coomeva, manifestación en el sentido de no gozar de pensiones).

Dicho mandato le fue sustituido a RODOLFO AURELIO PATIÑO GÓMEZ, quien terminó notificándose de la resolución 020079 de 2016, mediante la cual se reconoció en favor de la peticionaria una mesada pensional de \$1.721.000 y un total de \$122.367.388 (\$93.484.094 –retroactivo- y \$28.883.294), bajo la farsa de haber acreditado 1248 semanas cotizadas, pese a que nunca había aportado al sistema general de pensiones.

Adicionalmente, para la Fiscalía también se acreditó que, no conforme con lo anterior, debido al proceso administrativo de revocatoria directa y la suspensión del pago de las mesadas por parte del ISS, la procesada promovió, a través de apoderado –PHANOR ROJAS LIBREROS- acción de tutela, la que fue favorable a sus intereses.

No obstante, es del caso precisar, que, el Tribunal omitió pronunciarse frente a estos puntuales hechos. Sobre las consecuencias de esta omisión, la Corte se referirá en el acápite final de esta providencia.

ii) **RAFAEL MIZRACHI MILHEN.** Como en el caso de su pareja –**SONY ALDANA LLANOS**-, el poder inicial se confirió a JUAN DE DIOS LLANOS MARMOLEJO, hermano de uno de los presustanciadores del trámite pensional –**HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO**-, de manera que, no obstante contar con 0 semanas cotizadas, le aparecieron 1165 semanas por haber

trabajado supuestamente en las empresas Intex y Fábrica Nacional de Bicicletas, lo que ocasionó que resultara favorecido con una pensión mensual por valor de \$1.196.850, cuyo retroactivo fue de \$62.601.945 y las mesadas cobradas de \$61.387.727, para un total de \$123.989.672, valores reconocidos y pagados sin justa causa, por cuenta de la resolución 019773 del 27 de octubre de 2006.

Conservando idéntico *modus operandi*, en el caso de este procesado, se advierte que, tal cual lo informó el investigador VALENCIA VICTORIA, en la verificación de la historia laboral intervinieron los mismos funcionarios del ISS -HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO y GUSTAVO VELÁSQUEZ-, empleados que se encargaron de darle visos de legalidad a una información que no era veraz, al punto que, como lo narró TOMBÉ MOSQUERA, en la historia laboral del encausado se consignaron inconsistencias tales como períodos cotizados por 2, 11, 14, 8, 22, 15, 27 y 22 días, lo que es incompatible con los períodos normales de 28 y 35 días, en un patronal de la Seccional de Antioquia, que, por ende, no pertenece a la del Valle del Cauca. Así mismo, se observó que uno de los patronales figuraba vigente hasta el año 1991, sin embargo, al acusado le aparecieron cotizaciones hasta el año 1994.

No obstante lo anterior, los funcionarios avalaron dicha información con su firma sin hacer las corroboraciones de rigor, lo cual no resulta extraño si se advierte la relación personal entre el acusado y HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, que precedió estos actos irregulares, la cual fue destacada párrafos atrás en relación con **SONY ALDANA LLANOS**.

La participación de **MIZRACHI MILHEN** en el delito de peculado surgió cuando, con pleno conocimiento de la imposibilidad de cobrar una pensión de vejez por no haber cotizado nunca al ISS para esa contingencia, promovió, mediante abogado, el reconocimiento de la misma, aportando con ese propósito similares documentos a los de su esposa.

Así mismo, el ente acusador aseguró que, al igual que ocurrió con su ALDANA LLANOS, sin causa legítima alguna, por intermedio del mismo abogado, **MIZRACHI MILHEN** obtuvo el pago, por vía de tutela, de \$54.045.770, hechos que, sin embargo, no pueden ser examinados en esta sede, debido a que el *ad quem* no se pronunció al respecto. Al final de este fallo la Sala adoptará la decisión correspondiente derivada de dicha omisión del juzgador.

iii) **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**. En su calidad de abogado y representante de los intereses de su hermano JAIRO, quien solamente había cotizado 803 semanas al sistema general de pensiones, reclamó la pensión de vejez, siendo favorecido con la misma, con el concurso ilícito de HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, quien se encargó de conferirle validez a la historia laboral falsa en la que se registró que tenía 1248 semanas cotizadas y los cambios de salario por 11, 14, 8, 22, 15, 7 y 18 días –en Star Ltda.- y 5, 21, 8, 7, 11, 23, 7 y 13 días –en Conteco Ltda.-. Así lo narró TOMBÉ MOSQUERA.

Recuérdese, además, que la hoja de vida de JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS, resultó igual a la reportada respecto de RENE MONDRAGÓN LIBREROS y OLGA BEATRIZ BRAVO CAJIAO y es evidente la relación de familiaridad de **ORLANDO** con sus hermanos LEONEL –o el falso DAGOBERTO MACHADO- y su madre ANA BEIBA DE MONDRAGÓN, también procesados por el desfalco al ISS.

En el juicio quedó acreditado, con el testimonio de VALENCIA VICTORIA, que, el procesado, en su condición de profesional del derecho y representante judicial de su hermano JAIRO, anexó al formulario de solicitud de la misma y demás documentos, una declaración extrajuicio supuestamente suscrita por su consanguíneo en la Notaría de La Victoria, cuando éste se encontraba residenciado en Miami, en la que se hacía constar que había nacido en 1943, siendo que ello ocurrió en 1946, lo que lo llevó a obtener para su consanguíneo el reconocimiento de la pensión de vejez con un retroactivo de \$11.644.544 y mesadas por \$45.856.888.

Pero, dado que, en la imputación, por concepto de mesadas pensionales, se le atribuyó un monto de \$11.644.544, a esta suma debería someterse la condena, sino fuera porque, tal divergencia en la congruencia fáctica conduce a una decisión diversa, a la cual se referirá la Corte en el acápite de la casación oficiosa.

iv) **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA.** Como en los eventos anteriores, para lograr el reconocimiento de la pensión de

vejez, allegó ante el ISS, directamente, los documentos de identificación y demás requeridos para el trámite de ley, teniendo pleno conocimiento de que las semanas que había cotizado a lo largo de su vida laboral no le eran suficientes para acceder a la prestación.

En su propósito criminal fue favorecido con la actuación delincinencial de “ÁNGELA”, quien le dio el visto bueno a la historia laboral falsa que, según TOMBÉ MOSQUERA, adolecía de cambios de salario con 15, 25, 14, 25, 8, 3 y 21 días – cuando debía ser por 28 o 35 días- y en la que se reportaron 1081 semanas, cuando únicamente tenía 313.

Tal plantilla, similar a la de LEONEL MONDRAGÓN LIBREROS, avalada por el citado funcionario permitió que **REYES CORREA** gozara del reconocimiento de una pensión de vejez a la que no tenía derecho, la cual fue cuantificada en la resolución 014096 de 2006, a razón de \$2.626.952, para un total de \$40.983.252 (16.987.623 –retroactivo- y \$23.995.629 –mesadas.)

v) **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**. Aunque este enjuiciado era consciente de que escasamente había cotizado 15 semanas al régimen de pensiones de prima media con prestación definida, solicitó la pensión de vejez, para lo cual aportó la documentación exigida en el ISS (copia de la cédula de ciudadanía, acta de matrimonio, afiliación en salud), con la certeza de que le sería concedida, considerando que, en el trámite de la misma, concretamente en la historia laboral

apócrifa incorporada a su carpeta, sería auxiliado por el presustanciador HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO.

Es así que, al verificar el contenido de la misma, los funcionarios revisores pasaron por alto que la última empresa en la que el peticionario dijo haber trabajado – Acción Asesores- no existía –tampoco el patronal Rafael Espinosa y hermanos- y los cambios de salario por 8, 7 y 15 días –no 28 o 35 días como se ha venido destacando-, lo que ocasionó que le fuera reconocida una pensión por \$1.866.149, un retroactivo por \$80.294.735 y mesadas por \$7.715.405, para un total de \$88.010.140.

Aquí, es indispensable hacer la salvedad de que, en la formulación de imputación no le fue enrostrado el valor pagado por mesadas, por lo que sólo al valor del retroactivo debe concretarse la condena, lo cual enerva una consecuencia jurídica favorable al acusado, a la que se referirá la Corporación en el acápite final de la casación oficiosa.

Ninguno de los hechos debidamente probados por la Fiscalía fue controvertido por la defensa, pues, a lo sumo, los apoderados de los procesados empeñaron su esfuerzo a criticar, por la senda del contrainterrogatorio, que los particulares no tuvieron acceso a las historias laborales falsas, que la fuente de la información debatida fue el mismo Instituto de Seguros Sociales, esto es, sus bases de datos y demás documentos físicos en los que constaba el trámite

dado a cada una de las peticiones pensionales y que existe incertidumbre acerca de la participación de los funcionarios encargados de sustanciar el asunto y la falsedad de las historias laborales incorporadas a las carpetas respectivas.

No obstante, dejaron de lado que, dada la división de tareas en el plan criminal orquestado por los funcionarios presustanciadores del ISS el aporte de los aquí procesados, en tanto *extraneus* de las conductas peculadoras y falsarias se circunscribió a activar, sin tener derecho a ello, por sí mismos o a través de apoderados, los trámites de las pensiones de vejez con la presentación de las peticiones de reconocimiento respectivas y el aporte de los documentos indispensables para acreditar el cumplimiento de los requisitos de ley, mismos que, fueron usados junto con las historias laborales falsas por parte de los *intraneus* –autores mediatos- para dar apariencia de legalidad a la actuación administrativa, y obtener el reconocimiento de dichas prestaciones con la instrumentalización de quien tenía la capacidad legal de emitir las resoluciones correspondientes.

También ignoró la bancada de la defensa que, si alguna duda le cabía acerca de la fidelidad de las pruebas de cargo, cuyo origen institucional le imprimía especial peso suasorio, ha debido acreditar que sus prohijados verdaderamente trabajaron para las señaladas empresas, durante el tiempo que dijeron haberlo hecho y con los salarios reportados en las historias laborales falsas.

Tampoco cabe incertidumbre sobre la participación en grado de coautoría mediata de diversos funcionarios de la entidad, los que, como se destacó en cada caso, contrario a lo señalado por la defensa de **MIZRACHI MILHEN** y **ALDANA LLANOS**, así como por los procesados **TRIANA LLANOS** y **REYES CORREA**, fueron, en su mayoría, identificados, y su participación evidenciada en el trámite de cada una de las carpetas examinadas en el debate oral, pues así quedó asentado con la correspondiente rúbrica de cada uno de los servidores vinculados con el control del procedimiento administrativo.

Además, no puede olvidarse que, aún en aquellos casos en los que no fue posible la identificación de los *intra-neus* que actuaron como coautores mediatos, es viable la atribución de responsabilidad respecto de los *extra-neus*, en la medida que se probó que para el reconocimiento de las pensiones fue necesaria la participación de servidores públicos que avalaron una información carente de soporte material.

Por igual, no es cierto que no se encuentran demostradas las funciones cumplidas por los referidos servidores públicos, pues, se insiste, acerca de las competencias desarrolladas por ellos, los testigos de cargo – **REYES MILLÁN**, **TOMBÉ MOSQUERA** y **VALENCIA VICTORIA**– dieron exacta cuenta en el juicio, anotando que tenían a su cargo la verificación de la información consignada en la historia laboral y demás documentación relacionada, a efecto de dilucidar si los usuarios cumplían con los requisitos de ley.

Concretando la participación de los aquí procesados, el Tribunal concluyó que:

Aquellos –los acusados-, a sabiendas de que no reunían el número de semanas exigidas por la ley para el reconocimiento pensional, de común acuerdo con funcionarios corruptos como Héctor Fabio Llanos Marmolejo y Minsa Sinisterra, hicieron la solicitud pensional aportando para ello documentación personal y de esa manera habilitaron a dichos funcionarios para que anexaran a sus carpetas las historias laborales falsas logrando el reconocimiento de la multicitada acreencia económica.⁸⁷ (Subraya fuera del texto original)

Se colige de la precitada elucubración del *ad quem* que, se cumplieron todos los elementos desarrollados por la jurisprudencia para estructurar su participación como intervinientes en el punible de peculado por apropiación, por cuanto, no cumplían con las cualificaciones personales exigidas por el tipo penal, pero, sin embargo, realizaron una contribución significativa a su ejecución, máxime, si se concede al actuar de los particulares la importancia debida, toda vez que, su comportamiento dio inicio al plan criminal y, además, este es «*esencial y definitivo*», pues solamente ellos podían poner en marcha el *iter criminis* con la radicación de las respectivas solicitudes a las que incorporaron documentos personales.

En efecto, los aquí procesados actuaron como unos verdaderos coautores intervinientes, carentes de la cualificación de servidores públicos, en la medida que, se aprestaron a orquestar con los presustanciadores del

⁸⁷ Cfr. folio 96 cuaderno 08.

Instituto, un esquema defraudatorio de los intereses patrimoniales estatales, en el que se comprometieron a elevar, con el sustrato documental respectivo, las peticiones ilegítimas e ilegales de reconocimiento de pensión de vejez, conociendo a ciencia cierta que no satisfacían, por mucho, los requisitos para acceder a la prestación, pues, nunca habían cotizado al sistema de seguridad social en salud, o si lo habían hecho, no por el tiempo reglamentario.

En conclusión, no cabe reparo para hablar de la coautoría mediata entre los funcionarios de nivel intermedio involucrados y de la calidad de intervinientes de los particulares investigados, habida cuenta que, el caso estudiado puede ser abordado por la doctrina como un ejemplo clásico de autoría mediata, solo que, multiplicando los sujetos activos dentro de la órbita de la dominación de la figura del hombre de atrás que *«controla la situación y posee “en sus manos” el acontecer global, en virtud de su voluntad orientadora de acuerdo al plan»*⁸⁸, el cual es concretado por el ejecutor material previamente instrumentalizado –el jefe de la unidad de atención al pensionado-, conducta en la que, además, intervinieron unos *extraneus* que, con dominio positivo y objetivo del hecho, concurrieron a la realización de la conducta antijurídica, por cuanto aportaron de forma decidida y necesaria en la ejecución del plan criminal, con los insumos indispensables –formulario de solicitud y demás

⁸⁸ WESSELS Johannes, BEULKE Werner, SATZGER Helmut. Derecho Penal Parte General El delito y su estructura. Traducción Raúl Pariona Arana. Pacífico editores SAC. Lima-Perú. 2018. Pag 374.

documentos que presuntamente acreditaban los requisitos de ley- para iniciar los irregulares trámites pensionales.

De otra parte, según el censor, los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales referidos en la investigación, esto es, MINSA SINISTERRA, HÉCTOR FABIO LLANOS MARMOLEJO, no detentaban la segunda cualificación del tipo del peculado por apropiación, esto es, la relativa a la disposición funcional de los bienes del Estado, y, en consecuencia, no era posible superar el juicio de adecuación típica del respectivo injusto, de manera que, derivado de ello, resultaba insostenible la hipótesis de que los aquí procesados fueron intervinientes, ya que dicho delito, a juicio del defensor, es, en principio, atípico.

Para justificarlo, manifiesta el demandante que, los supuestos autores directos del delito, es decir, los servidores públicos, no dispusieron de los dineros apropiados, dado que a ellos les *«(...) correspondía hacer las liquidaciones o control de calidad, dichas actividades si bien estaban incrustadas en el trámite de la pensión eran instrumentales (...)»*⁸⁹, resaltando que quien tenía dicha disponibilidad era TOMAS JOAQUÍN REYES, esto es, el Director del Departamento de Atención al Pensionado, mismo que fuera engañado por los citados funcionarios de nivel intermedio, presuntos sujetos activos del ilícito.

⁸⁹ Cfr. folio 210 del cuaderno 8.

Al respecto, es claro que tal argumentación no se compadece con la posición jurisprudencial reseñada atrás, básicamente cuando la exacción de los dineros públicos se produce con la intervención de una cadena de funcionarios que, aprovechando su cargo, se articulan para ejecutar actos de corrupción.

Los servidores públicos del Instituto de los Seguros Sociales que concurrieron a la verificación irregular de las historias laborales de los aquí recurrentes sí tenían disponibilidad sobre los dineros apropiados, bajo los conceptos de retroactivo y mesada pensional de vejez, ya que, como lo sostuvo TOMAS JOAQUÍN REYES MILLÁN, esto es, el Director del Departamento de Atención al Pensionado, aquellos, en su condición de presustanciadores, eran los encargados de examinar el cumplimiento de los requisitos, tal como lo admite el libelista, al señalar que *«tenían participación en el trámite de las solicitudes de pensión»*, toda vez que les correspondía *«hacer las liquidaciones o control de calidad»*⁹⁰.

Sobre el particular, indicó el citado funcionario que, luego de que la documentación respectiva fuera entregada por el usuario en el CAP y radicada por el funcionario correspondiente, era remitida al departamento de historia laboral donde se imprimía el soporte de las semanas cotizadas que reposaba en la base de datos de la institución, misma que una vez ingresada a la carpeta, era analizada

⁹⁰ Cfr. folio 210 del cuaderno 8.

junto con todos los documentos anexados por los presustanciadores, quienes visaban la información –si es que no existían inconsistencias, porque de haberlas debían ser reportadas al área de investigación de la entidad- para luego ser entregada al liquidador, el cual procedía a establecer los montos de rigor, que, de sobrepasar ciertos topes, requería una aprobación más en la ciudad de Bogotá, antes de que pudiera expedirse la resolución de reconocimiento por parte del director.

Ese testigo y TOMBÉ MOSQUERA explicaron que, en cabeza de los presustanciadores y liquidadores recayó la responsabilidad de inadvertir las serias y recurrentes inconsistencias que reflejaban las historias falsas puestas a su consideración para revisión.

De esta manera, las funciones de los servidores públicos vinculados al caso incidían, en gran medida, en la firma de la resolución del reconocimiento de la prestación económica, en tanto avalaban la solicitud de los peticionarios y se generaba en el funcionario encargado de suscribir el acto administrativo la confianza legítima para conceder la pensión.

De acuerdo a lo anterior, fáctica y jurídicamente, los *intranseus* –presustanciadores- que participaron en la defraudación son susceptibles de ser tratados como coautores mediatos y los particulares –usuarios y abogados- como intervinientes, ya que al no ser servidores públicos no contaban con las calidades exigidas para activar por sí

mismos el punible en comento y tampoco poseían algún tipo de disponibilidad sobre los dineros apropiados, la que sí tenían los presustanciadores y el jefe de atención al pensionado del ISS, quien fue utilizado por aquellos, para consumir el ilícito y, por ende, no es pasible de reproche jurídico penal.

En todo caso, es claro que los usuarios *–extraneus–*, con su comportamiento consciente y voluntario, sí contribuyeron a la realización del verbo rector a cabalidad.

En suma, el primer y segundo cargos no están llamados a prosperar, ni los reproches de las impugnaciones relaciones con estos temas, en tanto el Tribunal no recayó en el falso juicio de existencia por suposición predicado por la defensa de la pareja **MIZRACHI-ALDANA** y tampoco en la violación directa de la ley sustancial respecto de la calidad de intervinientes de los acusados.

7. Configuración del delito continuado

7.1. Alega el recurrente que no se puede dar aplicación a la modalidad de delito continuado, por cuanto no se satisfacen sus presupuestos teóricos y jurisprudenciales.

Al efecto, es indispensable iniciar recordando el tratamiento legal de la figura bajo estudio, misma que se consagra de manera estricta y restringida en el parágrafo del artículo 31 del Código Penal así:

CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. *El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.*

(...)

PARAGRAFO. *En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.* (Subrayas fuera del texto original).

Es notorio que, la norma solo hace referencia a este fenómeno jurídico de las conductas punibles, para establecer su impacto en la punibilidad, más no lo describe por su concepto y requisitos o factores modulares.

Es así que, ha sido la doctrina y la jurisprudencia los que han llenado de contenido este ente dogmático, para significar que constituye, «*el despliegue de varios actos ejecutivos parciales y seriados de carácter homogéneo, de la misma naturaleza típica con los que se persigue la misma finalidad*» (CSJ SP15015 sep. 2017, rad. 46751).

Entraña, pues, «*una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de «unidad natural de acción», como parte*

de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una «unidad jurídica de acción»^{91, 92}

Así, la doctrina, de manera más o menos uniforme se ha conciliado en describir al delito continuado como la comisión de una pluralidad de infracciones, que en virtud de la concurrencia de los citados requisitos, se sustrae a las reglas del concurso de delitos, y es contemplada unitariamente por el derecho, como un único delito⁹³.

En este sentido, JOHANNES WESSELS sostiene que:

Con la institución de la unidad natural de acción se trata, en especial por parte de la jurisprudencia, de reunir las diversas acciones en sentido natural en una unidad jurídica de acción. Para la afirmación de una unidad natural de acción bastaría con que diversos comportamientos, en esencia del mismo tipo, estén referidos a una única voluntad y que a causa de su relación espacio-temporal estén vinculados de tal manera que bajo una perspectiva naturalística, toda la actividad también aparezca objetivamente para un tercero como un hacer único, íntimamente relacionado.

Mediante esta fórmula amplia es posible, por un lado, vincular diversos actos individuales que realizan tipos penales de la misma clase a unidades de acción, de modo que al final exista también solo una infracción legal.⁹⁴

Diáfano resulta, pues, que, el delito continuado precisa de una multiplicidad de acciones naturales, tal y como lo

⁹¹ Cfr. Jescheck, Tratado, p. 1001. También se habla en este caso de «nexo de continuidad»: así Stratenwerth, AT, 17/12 ss. Igualmente, STS 21 en. 94. [Cita del texto transcrito]

⁹² MIR PUIG. Santiago. Derecho Penal. Parte General. 7ª edición. B de F Ltda. 2007. p. 636.

⁹³ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995. Valencia, 1996, pág. 420.

⁹⁴ WESSELS Johannes, BEULKE Werner, SATZGER Helmut. Derecho Penal Parte General El delito y su estructura. Traducción Raúl Pariona Arana. Pacífico editores SAC. Lima-Perú. 2018. p 540 y 541.

refiere el demandante, ya que es así como se llega a estructurar la unidad de acción en consideración al sentido jurídico de los diferentes comportamientos, en virtud del cual varios actos son condensados en uno solo.

En la jurisprudencia de la Corte se ha indicado que esta figura del derecho penal debe satisfacer las siguientes exigencias: «a) un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y c) la identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos». (CSJ AP, 25 jun. 2002, rad. 17089).

En torno al primero de aquellos presupuestos, tradicionalmente se ha entendido que la unificación de las distintas acciones tiene lugar por la existencia de un “plan preconcebido”, es decir del “dolo conjunto” de la doctrina alemana, que demanda que el autor haya previsto y querido desde antes las particulares acciones u omisiones, dirigidas a consolidar el resultado, de manera que, como lo concibiera el Tribunal Supremo Español⁹⁵, se trata de «una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios actos muy parecidos»⁹⁶.

⁹⁵ Cfr. Sentencia del 4 de mayo de 1998. RJ 1998, 3303.

⁹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. EL DELITO CONTINUADO: ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO PENOLÓGICO EN LAS INFRACCIONES CONTRA EL PATRIMONIO CONTINUADAS. Citado en: El nuevo Derecho Penal Español: Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, 1.ª ed, Tomo 1. Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 186.

La entelequia criminal debe irradiar cada uno de los actos que se ejecuten en distinto tiempo, es decir, el dolo del sujeto activo tiene que estar vigente en cada una de las conductas desplegadas.

Es por ello que, la pluralidad de acciones debe ostentar un componente subjetivo homogéneo, que no puede ser objeto de modificación, en tanto, la intención delictual debe ser idéntica o uniforme para cada acción parcial.

Al respecto, la doctrina más representativa señala que la homogeneidad subjetiva:

(...) [e]s la unidad de propósito o plan criminal. Debe existir un dolo unitario o global, que cohesioné todas las infracciones que se cometen, a través de la ejecución de un plan preconcebido (que da unidad al dolo). Esta homogeneidad es fundamental para la figura del delito continuado. La homogeneidad subjetiva también exige una conexión o proximidad temporal entre las distintas infracciones.⁹⁷

El segundo de los requisitos, por su parte, de naturaleza objetiva, supone un componente fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones, que se circunscribe a hechos típicos diferenciados⁹⁸ o actos parciales que integran la unidad final.

Este fenómeno condensa la realización de los acontecimientos criminales por cuotas, fracciones, partes o fases, de similar naturaleza, de acuerdo con un programa

⁹⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y otros. Derecho Penal Colombiano Parte General Principios Fundamentales y Sistema. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. p. 585.

⁹⁸ Cfr. COBO y VIVES: Derecho Penal. Parte General, 4.^a. Valencia, 1996, pág. 712.

preconcebido y una unidad de propósito, que se puede concretar en intervalos temporales más o menos amplios de ejecución o incluso con interrupciones, de manera que la consumación total se alcanza mediante consumaciones parciales formales, lo que, generalmente, ocurre en punibles contra el patrimonio privado o público, en los que la cuantificación del ilícito unitario es el producto de la sumatoria de todos los actos parciales de injusto.

Es así que, esta Corporación diferencia radicalmente el delito continuado de los diferentes tipos de concursos de conductas punibles, identificando el componente subjetivo, es decir, la unidad de designio como el elemento diferenciador que condiciona e integra los demás presupuestos de dicha figura, pues de allí se desprende la naturaleza especial de la modalidad criminal bajo estudio:

De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador. (CSJ. SP, 20 feb. 2008, rad. 28880).

Precisamente, la homogeneidad de la conducta, corresponde al tercero de los ingredientes de este ente

jurídico, e implica la subsunción de las acciones u omisiones en un tipo penal semejante, para salvaguardar un bien jurídico determinado.

Para la acreditación de este ingrediente –también como dato indiciario de cara al aspecto subjetivo de la modalidad continuada-, resulta especialmente valioso auscultar la similitud en el “*modus operandi*”, o sea, en el empleo de metodologías, procedimientos o técnicas análogas en la ejecución de las acciones durante la pluralidad de ocasiones.

Ahora bien, aunque en términos generales, la Corte ha sido constante en edificar las bases del delito continuado sobre los presupuestos recién mencionados, es necesario destacar que, no se ha ocupado mayormente, de precisar los alcances de otro de los presupuestos accesorios que, en la doctrina y la jurisprudencia internacional, tienen un significado, apenas relativo, en la construcción teórica de la figura, pero que, en ocasiones, resulta indicativo de la presencia de dicha modalidad criminal.

Hablamos de la conexión espacial y temporal de los plurales actos parciales comisivos u omisivos. Al respecto, en términos generales, hay coincidencia en que, si bien la uniformidad espacial marca un sendero probable en la identificación de un delito continuado, lo cierto es que se han ilustrado casos que atienden al plan preconcebido del autor de ejecutar la conducta en cualquier lugar o en sitios diversos o alternativos, por ejemplo, en delitos de carácter transnacional, de modo que no parece ser un requisito

indispensable (CSJ. AP, 20 feb. 2008, rad. 28880), aunque de desarrollarse en un mismo sitio, vendría a constituir uno de los referentes para identificar la homogeneidad de las acciones.

Ahora, en cuanto al aspecto temporal, algún sector de la doctrina⁹⁹ –el que se inscribe en las teorías de la realidad jurídica o de la ficción unitaria- considera determinante que las acciones fraccionadas se realicen en un espacio corto de tiempo.

No obstante, bajo la teoría del dolo global –más aceptada actualmente-, no es indispensable la coetaneidad o cercanía temporal indisoluble de cada uno de los sucesos o fracciones que integran el delito unitario para derivar de ello la homogeneidad de la unidad de designio criminal, porque tal ilación secuencial en el tiempo depende del plan preconcebido de acuerdo con la finalidad y los medios para realizar los actos parciales.

Esta visión es la que predicó la Corte en vigencia del Código Penal de 1936 (CSJ SP, 13 jun. 1979):

El criterio cronológico de las infracciones, en que parece fundarse la afirmación de su existencia, tampoco es decisivo para admitir o excluir la continuación y por caso, puede tomarse como elemento probatorio, no exclusivo, desde luego, para la demostración de la unidad de designio que en definitiva consiste en la realización de un verdadero programa o plan que el agente ha concebido o planeado previamente y cuya realización unifica la pluralidad de infracciones a la ley penal.

⁹⁹ Brodag, Wolf-Dietrich. Delincuente München. Berlín, Richard Booberg, 1979 y Geppert, Klaus, En: Posada Maya, Ricardo. El delito continuado y concurso de delitos. Universidad de Los Andes. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.2012 p.524.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español ha ratificado que, la exteriorización de un único dolo excluyente de renovaciones plurales con autonomía diferenciada, que «*aglutina las acciones en un contexto homogéneo propio de la continuidad delictiva*»¹⁰⁰, no se pierde por el hecho de que temporalmente aquellas se encuentren espaciadas.

En todo caso, hay que decirlo, los intervalos admisibles entre acción y acción –u omisión– deben responder a un término moderado, pues, existe consenso en que dicho vínculo debe permitir la subsistencia del elemento subjetivo, a efecto de evitar que se debilite o desaparezca la idea del programa previo como fundamento ineludible de esta figura y, de cualquier manera, no puede tener carácter indefinido¹⁰¹.

Igualmente, es indispensable distinguir dicho factor temporal –en relación con los actos seriados, cronológicamente hablando– de «*la duración temporal del delito continuado en su conjunto*» (STS 398, 29 mar. 2004, RJ 2004-2776).

Ahora, en pasada ocasión, frente a supuestos fácticos similares a los que esta vez ocupan la atención de la Sala¹⁰²,

¹⁰⁰ STS 1002, 30 jun. 2001 (RJ 2001-4580).

¹⁰¹ CASTIÑEIRA, María Teresa. El delito continuado. Bosch. Barcelona, 1975, p. 171. En el mismo sentido, CEREZO MIR, José. Obras completas I. Derecho penal parte general. Ara editores. Perú 2006. P 1179.

¹⁰² Allí se juzgó la responsabilidad penal tanto de otros particulares como de los funcionarios de nivel intermedio involucrados en el mismo caso, con la única diferencia consistente en que el proceso fue tramitado por el rito de la Ley 600 de 2000.

esta Corporación dio un alcance restringido al primero de los requisitos enunciados, esto es, al de la unidad de designio, al señalar que *«si bien se está ante una pluralidad [de] ilícitos, [y] hay identidad tanto en relación con el sujeto pasivo como respecto de los ilícitos, no se consolida la unidad de designio, pues lo que se observa es que en la medida que se daba la oportunidad para cometer las distintas infracciones se procedía a ello.»* (CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233).

Con esa postura, la Corte no solo incurrió en la imprecisión de señalar que, en el delito de peculado por apropiación concurrió una pluralidad de ilicitudes, siendo que, como se verá adelante, se trató de un solo delito con una fase de agotamiento extendida de forma periódica, sino que descalificó la posibilidad que tiene el agente de aprovechar los escenarios propicios para la comisión delictiva en los delitos continuados.

En esa misma línea argumentativa también expresó en la decisión anotada que *«la oportunidad en que se ejecutaron las distintas conductas punibles contribuye a desvirtuar la unidad de designio, puesto que los hechos objeto de juzgamiento se cometieron entre los años 2000 y 2005 por distintos empleados, a través de diferentes modalidades y sin ningún patrón cronológico como viene de recordarse y lo reflejan los hechos.»*¹⁰³

¹⁰³ CSJ SP194 14 feb. 2018, radicación 51233.

Al respecto, es necesario aclarar que, si bien el supuesto al que aludió la Corte en la sentencia que se viene referenciando, relativo a que sería imposible adecuar el aprovechamiento de las oportunidades como uno de los elementos estereotípicos del delito continuado, no es determinante para la solución del caso en estudio, debe ser moderado para prohijar la tesis contraria, en aras de delimitar los alcances del presupuesto subjetivo de dicha figura.

En verdad, aun cuando la jurisprudencia nacional no ha sido prolija en reconocer la eventualidad del delito continuado en aquellos casos en que, el plan preconcebido por el autor está enderezado a servirse de las **oportunidades** que le permitan ejecutar el desvalor de acción de manera fraccionada, como si lo ha hecho el Tribunal Supremo Español, a partir de la cláusula legal (artículo 74 del Código Penal de ese país) que permite «*el aprovechamiento de idénticas ocasiones*», pues, en general, la Sala de Casación Penal ha considerado que la unidad de propósito, representativo del dolo unitario del delito continuado, proviene de la identificación de distintos episodios fragmentarios que reflejan un solo acto, sí ha catalogado tímidamente como ejemplo claro de la unidad de ejecución, en sentido amplio, el empleo por el agente de una ocasión idéntica que se reitera en el tiempo, sin atención a un límite temporal apodícticamente cercano (CSJ SP467 19 feb. 2020, radicación 55368¹⁰⁴).

¹⁰⁴ Aquí se estudió el caso de un prevaricato por acción en modalidad continuada que se desarrolló a lo largo de varios años. La Corte coligió que la funcionaria había

Y es que, dicha expresión criminal corresponde a una de las modalidades más representativas de este tipo de infracción penal y se inscribe en la realización fraccionada - como forma ejecutiva-, y preconcebida de actos parciales ilícitos que se integran en un injusto total conglobante.

De manera que, si el agente de seguros, por ejemplo, aprovechando la confianza que le tienen sus clientes y la compañía para la que trabaja, se propone hurtar, mes a mes o cada que le sea posible, el valor de la tarifa pagada directamente a él por algunos de ellos, por el lapso de un par de años, no habrá robado, al finalizar dicho período, a la compañía aseguradora, cada una de esas fracciones sino el valor total, aunque cada sustracción tiene su propio dolo y cariz consumativo que se suma a la siguiente, dado el efecto progresivo del delito continuado.

Ahora, si el distanciamiento con la idea de un delito continuado proviene, en la providencia mencionada (CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233), de la realización de los actos ejecutivos, según la oportunidad emerja, o de su comisión en diferentes momentos de varios años, habrá de

incurrido en el delito de prevaricato por acción en la modalidad continuada, sin postular reparo alguno frente a la distancia temporal que existía entre una y otra acción prevaricadora, pues tanto la sentencia como los autos que ella emitió no contaban con un estricto derrotero cronológico y regular, al contrario, la servidora pública acogió definitivamente una experticia mediante auto del 10 de septiembre de 2010 y, posteriormente, libró mandamiento de pago el 31 de agosto de 2012, es decir, casi dos años después. Adicionalmente, antes del mencionado auto del 10 de septiembre emitió otras decisiones igualmente contrarias a derecho, y entre ninguna de ellas se vislumbra una relación temporal en su emisión, sin que ello fuera impedimento para que la Sala rotulara el delito como continuado, precisamente, porque la periodicidad no es un requisito indispensable de configuración de esta figura jurídica.

insistirse en que, el componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor que se identifica por la finalidad, puede contemplar la posibilidad de actuar solamente cuando le sea conveniente, a efectos de garantizar el éxito de su ilícito y, como se señaló atrás, el elemento temporal no constituye un sustrato fundamental de este ente punitivo, pues, lo esencial, es desentrañar el sentido creativo y teleológico del plan y atenerse a ello.

En realidad, no es posible ligar el dolo unitario a una meticulosa periodicidad o regularidad de las acciones fragmentarias, en pro del propósito delictivo, ya que el agente puede incluir en su plan criminal el factor temporal del desarrollo, es decir, preordenar el *modus operandi* de tal forma que no exista una estricta sujeción a una secuencia cronológica de cada acción, lo cual, no comporta una falta de dolo global, dado que lo relevante es la presencia de varias acciones, todas ellas entrelazadas por la finalidad criminal del autor, misma que debe verse reflejada en cada una de ellas, sin importar que se cometan de forma irregular en un marco temporal.

En ese orden de ideas, distinto a lo que expresó la Corte en la decisión reseñada -(CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233)-, es claro que, en adelante, habrá de entenderse que, el aprovechamiento de similares oportunidades para la comisión del ilícito, es perfectamente viable, siempre que dicha faceta fraccionada de actos seriados haya sido preconcebida por el sujeto activo, guarde homogeneidad modal y no se prolongue de manera indefinida en el tiempo.

De otra parte, según la providencia en cita -(CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233)-, en la acreditación del dolo unitario no cabe la participación de diversas personas; sin embargo, allí se desconoce que, si bien el aspecto objetivo de la continuidad ejecutiva demanda la uniformidad del sujeto activo, ello no equivale a la exigencia de un agente único, pues bien es posible que los actos parciales sean realizados en autoría mediata o en coautoría, siempre que la **homogeneidad** de las acciones lo permita¹⁰⁵.

No obstante, razón le asistió a la Corte al señalar en la sentencia en comento que no es posible la modalidad continuada cuando las distintas acciones hacen parte del agotamiento de la referida conducta punible, como lo serían las mesadas o incrementos pensionales en el punible de peculado por apropiación, pues, en ese caso, no se trata de un injusto unitario progresivo, integrado por la ejecución parcial de acciones u omisiones, que se suman, atendiendo el plan del autor, sino de la obtención de los objetivos perseguidos con la conducta.

Sobre el particular, la Corte, en la decisión reseñada reiteró que, cuando la defraudación es el resultado de una decisión de un juez o funcionario administrativo que tiene la disponibilidad jurídica del erario público, y ella involucra el pago periódico de una obligación de tracto sucesivo, la consumación formal de la infracción se produce con el primer

¹⁰⁵ En este sentido, STS 76 31, mar. 2006, RJ. 2006-490.

desembolso, pero los pagos subsiguientes hacen parte de los efectos diferidos del punible. Al respecto, es oportuno resaltar el siguiente fragmento de la sentencia CSJ SP 21 mar. 2012, rad. 38384 –reiterada en CSJ SP, 26 jun. 2013, rad. 38.879 y CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233, entre otras-:

...estamos frente a un delito de ejecución instantánea, pero de efectos patrimoniales diferidos, pues se trata de una conducta punible que si bien concreta su resultado de consumación con la primera erogación, creó un estado antijurídico solo determinable con el paso del tiempo.

A pesar de que cada evento, individualmente considerado, representa efectiva lesión al bien jurídico de la administración pública, el daño total, o mejor, la visualización global de los efectos patrimoniales consecuentes a la decisión del funcionario judicial, sólo puede definirse a partir de la suma de esos pagos parciales.

(...)

Se insiste, al proferir cada una de las sentencias (...) dispuso el pago de incrementos pensionales a favor de los demandantes, en las cuantías que el mismo acusado señaló; y ordenó que esas cantidades se siguieran cancelando en adelante, lo cual permite determinar, de una vez, que la cuantía de lo apropiado no puede fijarse por las cantidades inicialmente entregadas, sino por todos los valores que alcanzaron a cobrar los ex trabajadores amparados en los fallos, es decir, autorizados por una orden judicial. Y, se releva, no es posible escindir ninguno de los pagos periódicos, de la decisión – acto de disposición jurídica único atribuido al procesado – que conforma la conducta punible por la cual se acusó al funcionario judicial.

Si se dijera, por ello, que lo ilícitamente apropiado corresponde apenas a lo que se pagó en calidad de retroactivo pensional, debería significarse, de un lado, que la disponibilidad jurídica sobre los bienes es fragmentada en el acusado, y del otro, que esos otros dineros periódicamente pagados tienen fuente legal, o cuando menos, que la posibilidad de recuperación se halla en el limbo porque no obedecen al acto delictuoso examinado.

Cada uno de esos pagos posteriores no implican la consumación de delitos autónomos –concurso homogéneo-, ni integran un único delito continuado, a la manera de

agravación cuantitativa en unidad de conducta final en sentido amplio, respecto de un plan previo, sino el agotamiento del delito único de peculado por el monto total de lo desembolsado, porque el agente solo habrá ejecutado el comportamiento reprochado una única vez, esto es, formalmente cuando dispuso ilegalmente de los bienes sometidos a su custodia y reconoció el derecho ilegítimo y materialmente al producirse el pago de la primera erogación, por manera que el pago fraccionado de la prestación económica corresponde a la consecución de la finalidad ilícita.

7.2. Descendiendo al caso examinado, se tiene que, el libelista alega que, en el caso concreto, el Tribunal concluyó que se configuraba el delito continuado, pese a *«no concurrir el elemento fundamental como es que se trate de varios actos, en este caso se atribuye un solo acto, de una conducta que el autor ha decidido fraccionar para su ejecución teniendo un designio único»*¹⁰⁶.

Al respecto, si bien esa premisa exhibe cierta oscuridad dogmática, en la medida que, pretendiendo desconocer la existencia de un delito continuado terminó admitiéndolo al aseverar que, el autor, conforme a un plan preconcebido, optó por **ejecutar** de manera fraccionada su injusto, lo cierto es que le asiste razón al demandante en que, en el caso concreto, no existió pluralidad de actos, sino uno solo, lo cual descarta, de entrada, la posibilidad de adecuar la conducta

¹⁰⁶ Cfr. folio 221 del cuaderno 8.

a la citada modalidad, consagrada en el artículo 31 del Código Penal.

En efecto, en el delito de cada uno de los procesados, no concurre la multiplicidad de actos, de **homogeneidad** similar, cumplidos de forma fragmentada, en una unidad ontológica-normativa, sino, se insiste, se trata de una sola acción ejecutiva realizada por los usuarios y abogados, por una parte, y los funcionarios presustanciadores de la entidad, por otra, para ser materializada, a través de la autoría mediata de aquellos, por el jefe de la unidad de atención al pensionado, quien hizo el reconocimiento de las pensiones de vejez, cuyo pago, mes a mes, corresponde al agotamiento del punible, en el cual no medió ninguna acción posterior de los procesados o los funcionarios involucrados.

Aunque el plan criminal, en punto del delito de peculado por apropiación, pudo abarcar la reclamación ilegal y fraudulenta de las pensiones de vejez y, el cobro de cada una de las mesada pensionales, lo cierto es que los pagos posteriores al primer desembolso únicamente corresponden a los efectos acumulativos de la infracción.

En esa medida, tampoco se advierte que el dolo de los sujetos activos de la infracción permaneciere vigente respecto de múltiples ilicitudes sucesivas y, en cambio, únicamente se evidencia en la presentación de las irregulares solicitudes pensionales por parte de los intervinientes, que dio lugar al consecuente trámite ilegal por parte de los presustanciadores, a la emisión de las resoluciones de

reconocimiento, vía de error, de las pensiones de vejez, por parte del jefe de la unidad de atención al pensionado y al posterior pago de las mismas, en actos segmentados.

Repárese, además que, no es posible predicar homogeneidad o uniformidad entre la acción principal peculadora consistente en la producción de las resoluciones de reconocimiento pensional –cuyo fundamento lo fueron los actos fraudulentos realizados por los servidores públicos e intervinientes en cada caso-, por una parte, y las transferencias bancarias mediante las cuales se producían los desembolsos de dinero a los procesados, por otra, como tampoco existe analogía con el *modus operandi* que según la Fiscalía desarrollaron algunos de los procesados –la pareja **MIZRACHI-ALDANA**- para conseguir que, tras la suspensión en el pago de las mesadas, éstas les volvieran a ser canceladas, consistente en la interposición de acciones de tutela.

Así mismo, es evidente que no se cumple con el factor objetivo temporal del delito continuado; no, porque los peculados originados en los diversos actos administrativos se hicieran a lo largo de un quinquenio, ni debido a que el pago de las mesadas acaeciera por algo más de dos años, sino porque no es posible aceptar que pudiera figurarse un dolo global en los autores que permitiera estructurar la comisión de un único delito, en acciones fraccionadas, para ser desarrolladas por un tiempo indefinido.

En suma, por lo dicho, es de recibo el reparo formulado por la defensa de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA**

LLANOS y los procesados **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS** y **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** en el sentido de que se incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso final del artículo 31 del Código Penal, habida cuenta que no se podía deducir la modalidad de delito continuado respecto del peculado por apropiación por el que fueron condenados, razón por la que, se casará parcialmente la sentencia impugnada y se redosificarán las penas correspondientes, decisión que se hace extensiva al resto de los condenados no recurrentes.

8. Análisis de doble conformidad judicial respecto de las impugnaciones especiales

Aquí, se torna indispensable precisar que, para evitar innecesarias repeticiones, en este apartado, la Corte no se ocupará de los memoriales sustanciados por **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS** –salvo un específico aspecto, que, al final, se analizará- y de algunos de los temas propuestos en el suscrito por **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, porque todos los asuntos allí formulados, relativos a los títulos de imputación y el delito continuado, fueron suficientemente abordados, en los acápite precedentes.

Así que la Sala solo se referirá a los argumentos excedentes no contestados atrás, para concluir que, ninguno de ellos, tiene la virtualidad de quebrar el fallo condenatorio de segunda instancia.

Para empezar, es claro que no existe relación alguna con el tema de prueba tiene la afirmación del acusado en el sentido de que la administración tiene vedada la revocatoria directa de los actos administrativos, sin la intervención de un juez, cuando se han creado situaciones jurídicas de carácter particular, pues, lo que aquí se juzga no es la legalidad de los procedimientos administrativos empleados por el ISS para la suspensión de las pensiones concedidas de forma irregular, sino la responsabilidad penal de los particulares que participaron en la defraudación al Estado.

Por otro lado, contra toda evidencia, el enjuiciado pretende que se reconozca «*la condición de legalidad y seguridad jurídica*»¹⁰⁷ de la resolución que le reconoció la pensión de vejez a su hermano -JAIRO-, por el solo hecho de que ella cobró firmeza y que la jefe de Historia Laboral y Nómina de Pensionados -ELIZABETH MOLINA- habría indicado que la verificación de la información se sometió a más de 10 filtros, ignorando, de un lado, que, dicha señora no compareció al juicio porque falleció y su entrevista tampoco fue introducida como prueba de referencia, luego no pueden tenerse en cuenta expresiones pronunciadas por ella por fuera del debate oral, y por otra, que, precisamente, en este proceso, se acreditó que dicho acto administrativo se dictó, después de que el funcionario emisor fuera engañado por sus subalternos con la participación de usuarios y abogados que, como el procesado, se prestaron para hacer reclamaciones de

¹⁰⁷ Cfr. folio 376 del cuaderno 8.

una pensión para la que no se cotizaron las semanas requeridas por la ley.

Aunque el inculcado asegura que en la audiencia preparatoria solicitó la incorporación de una «*certificación oficial expedida por Bogotá*»¹⁰⁸ del número de semanas cotizadas en cuantía cercana a las 1000, la cual, a su juicio, no habría sido atendida por la Fiscalía, inadvierte que, pese a que, en dicha diligencia, el juzgador autorizó su práctica, la defensa renunció a sus pruebas en el juicio oral, de modo que no fue incorporada al acervo probatorio y mucho menos controvertida.

Así mismo, absolutamente impertinente resulta la crítica del recurrente según la cual, el ente acusador no aportó información sobre él sino de su mandatario, de modo que se «*terminó investigando al abogado del defendido más no al que supuestamente había entregado el mandato*», pues, el señalamiento que formuló la Fiscalía en contra de **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, precisamente, se enmarcó en la gestión que, como abogado, de su consanguíneo, realizó ante el ISS, razón por la que, las evidencias demostrativas tenían que ver, necesariamente, con el conocimiento que tenía el procesado, quien, además, se reputaba experto en pensiones, de que su hermano no cumplía los requisitos de ley para reclamar la pensión en favor de éste.

¹⁰⁸ Cfr. folio 162 *ibidem*.

Es más, como se anotó atrás, en el caso de **JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS**, el investigador VALENCIA VICTORIA dio cuenta de la falsedad de una declaración extrajuicio, presentada por su hermano **ORLANDO**, presuntamente realizada ante la Notaría de La Victoria (Valle), cuando para esa época el presunto solicitante se encontraba residenciado en Estados Unidos, en la que se hizo constar que nació en 1943, siendo que ello aconteció en 1946, artificio que indica el conocimiento que el jurista tenía de la carencia de requisitos legales en cabeza de su pariente y la necesidad de simularlos a efecto de favorecer el reconocimiento irregular de la pensión.

Falta, asimismo, al principio de corrección material el procesado cuando afirma que el peculado se tasó inicialmente por una suma global cercana a los ocho mil millones de pesos, pues, desde el inicio, esto es, desde la imputación se indicó que la cuantía de la defraudación, en su caso, ascendió a \$11.644.544, correspondiente al retroactivo pagado.

Ahora, si bien, en el juicio se acreditó que el valor de este peculado fue superior: \$57.501.432 (\$11.644.544 de retroactivo y \$45.856.888 por mesadas-) y, por esa suma, faltando al principio de congruencia, se emitió condena, dicho yerro será corregido, más adelante, en el acápite de la casación oficiosa.

De otro lado, bajo ningún punto de vista, es posible equiparar el engaño al que fue sometido TOMÁS JOAQUÍN REYES

MILLÁN, en relación con la verificación irregular de los requisitos de ley por parte de sus subalternos, lo que le permitió suscribir, con fundamento en el principio de confianza, la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez de su hermano, con la responsabilidad que cabe predicar respecto de **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, quien, siendo abogado de aquél, conocía a plenitud, que éste no satisfacía los requerimientos legales para acceder a esa prestación, al punto que, se valió de documentos adulterados para justificar su pretensión.

Desconoció, también, el censor que, para la consumación del peculado, no era necesario que los particulares tuvieran acceso a la historia laboral, pues, para ese propósito, contaban con los presustanciadores, quienes irían a dar por cierta la información falsamente reportada. Los usuarios, por sí mismos, o a través de abogados, concedores del ardid, solo tenían que aportar la documentación personal pertinente, para que se diera inicio a la fase ejecutiva del punible, lo cual de ninguna manera los exonera de responsabilidad.

Aunque el acusado trata de sacar partido de la opinión de TOMBÉ MOSQUERA según la cual el 85% de la información de la historia laboral suministrada por el Seguro Social no es confiable, lo cierto es que, la Fiscalía demostró cómo, en cada uno de los casos llevados a juicio, no solo se verificó la simulación de la información en las bases de datos de la institución sino en el material físico –microfichas-, proceso de corroboración no desmentido por la defensa y que,

igualmente, desvirtúa la necesidad de cotejar el número de semanas cotizadas con las empresas que el ISS catalogó de inexistentes y liquidadas.

Además que, una vez más, no es posible examinar lo relatado por ELIZABETH MOLINA LOAIZA -en torno a la forma en que se suspendió el pago de las pensiones-, por cuanto, como producto de su fallecimiento, su declaración anterior, no puede ser objeto de valoración sin incurrir en falso juicio de existencia por suposición, lo cierto es que, esa información también fue suministrada por TOMÁS JOAQUÍN REYES MILLÁN, quien indicó que, luego de conocer sobre el primer caso irregular, dio la orden de parar la nómina del mes -febrero de 2007-, luego de lo cual se inició un proceso administrativo para provocar la revocatoria directa, la cual se produjo mediante resolución 9126 de ese año; luego, no es verdad que no se hubiera adelantado la investigación correspondiente con miras a suspender el irregular pago.

Según el procesado, el perito contable dio cuenta de las sumas reconocidas a JAIRO MONDRAGÓN LIBREROS, pero no se demostró que ellas le hubieran sido consignadas. No obstante, tal premisa dejó de lado que, el citado experto, explicó que, su dictamen, es el resultado de contrastar los montos reconocidos y el de las transferencias realizadas.

Por último, si bien, el memorialista manifiesta estar en desacuerdo con el juzgador plural en la decisión de negarle los subrogados de ley, únicamente se limita a ponderar la imposibilidad de resocialización en las cárceles del país,

omitiendo reflexionar sobre la validez de las razones jurídicas para no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, mismas que, justifican, con suficiencia, tal determinación.

Finalmente, es del caso señalar que, ninguna razón le asiste a los procesados **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS**, quienes afirman que la modalidad continuada del delito de peculado por apropiación no les fue atribuida en la acusación, pues, verificado el acto complejo integrado por el escrito y su verbalización ante el juez de conocimiento, se percibe que, tanto en el escrito de acusación inicial como en el que lo adicionó y en la formulación oral del mismo, se especificó dicha cualidad del injusto, incluso con su referencia normativa (artículo 31 del Código Penal).

En todo caso, como el incremento punitivo autorizado en dicha norma para esa clase modal de delito fue excluido del juicio de responsabilidad, el decaimiento de esta crítica, también es evidente.

Así las cosas, como los yerros que el demandante en casación y los impugnantes le atribuyen al fallo de segundo grado no están acreditados –salvo los atrás anticipados y los que enseguida se evidenciaran conforme a la facultad oficiosa de la Corte- y se verificó a profundidad la corrección de los fundamentos probatorios del juicio de reproche, garantizando, de este modo, el derecho fundamental a la impugnación de la sentencia que condenó a los procesados, por primera vez, en segunda instancia, la Sala no lo casará y

lo confirmará parcialmente, de acuerdo con el principio de doble conformidad judicial.

9. La casación oficiosa y la redosificación punitiva por razón de la eliminación de la modalidad continuada del delito

Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos procesales en los procesos penales. En vigencia de esa tarea, debe velar por el respeto irrestricto de sus garantías esenciales en aras de posibilitar la efectividad de las mismas.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del Estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos, deberá remediarla oficiosamente aunque el censor no lo advierta en su libelo, tal como lo autoriza el artículo 216 del Estatuto Penal Adjetivo.

En el caso de la especie, son varias las anomalías que demandan la intervención oficiosa de la Corte con el fin de impartir justicia en el caso concreto y dar alcance a los principios de congruencia y legalidad de la pena. Así mismo, y aun cuando no comporta una consecuencia del poder oficioso de la Sala para restablecer garantías fundamentales,

se aprovechará la oportunidad para redosificar las penas, en virtud de la eliminación de la modalidad continuada del delito, producto de la prosperidad del tercer cargo de la demanda de casación.

9.1. Del principio de congruencia

En primer lugar, es conveniente recordar que, de tiempo atrás, en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley y la jurisprudencia han sido consistentes en establecer que entre la conducta punible definida en la acusación y la señalada en la sentencia debe existir perfecta armonía personal –en cuanto al sujeto activo-, fáctica –en torno al hecho humano investigado, con todas sus circunstancias y motivos de agravación o atenuación- y jurídica –en punto de las normas transgredidas con la conducta-, de tal suerte que, la imputación concebida por el órgano acusador corresponda al límite dentro del cual el juez debe verificar si cabe o no atribuir responsabilidad al presunto infractor.

Este postulado, emerge como una clara garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa en su componente de contradicción, toda vez que impone el deber de informar al sujeto pasivo de la acción penal el objeto concreto de persecución, a fin de que pueda tener completa claridad acerca de los hechos jurídicamente relevantes que se le imputan y, de este modo, logre establecer la estrategia defensiva, que durante el juzgamiento, resulte ser más favorable a sus intereses.

En vigencia del sistema de procesamiento penal con tendencia acusatoria el postulado de consonancia involucra el acto complejo comprendido por el escrito de acusación y la formulación verbal de la misma en la audiencia convocada para tal fin, la cual debe guardar estricta coherencia con la cuestión fáctica atribuida en la formulación de la imputación.

En efecto, si bien el principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la acusación bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico –dado su carácter provisional-, no así en los de naturaleza fáctica, es lo cierto que jamás podría emitirse fallo, en cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto fáctico relevante, haya sido previamente enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación.

En ese orden, la alteración por el juzgador de la cuestión fáctica, quebranta la estructura del proceso e impide el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, en cuanto contrae la configuración de un nuevo e inoportuno motivo de persecución, respecto del cual el acusado no ha podido ejercer adecuadamente su contradicción.

En realidad, aunque en tan preliminar fase procesal, el funcionario investigador no tiene la carga de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la

información legalmente obtenida, que se encuentren en su poder, sí está obligado a expresar, con claridad, al indiciado los hechos de connotación jurídico penal de carácter relevante que le son endilgados, y las razones por las que, a partir de los medios cognoscitivos de que dispone, *«se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga»*.

Es por esto que, cuando en el ejercicio investigativo en cabeza del ente acusador -previo a la presentación del escrito de acusación y posterior al referido acto de imputación- se logra la aprehensión de diversos elementos cognoscitivos que conducen a deducir la existencia de otros punibles no considerados en un principio o de hechos jurídicamente relevantes a los efectos de la sindicación criminal, por ende, no comunicados al indiciado, el fiscal del caso está obligado a suscitar una audiencia de formulación de imputación adicional, a efecto de consolidar los cargos a enrostrar al presunto infractor en la acusación a que haya lugar.

De esta manera, si bien es perfectamente viable para el dueño de la acción penal adecuar, a la hora de la acusación, el comportamiento delictivo inicialmente puntualizado al presunto responsable en el acto de imputación, en un *nomen iuris* diverso, que subsuma todo el acto normativamente desaprobado con sus circunstancias modales, temporales y espaciales, no es posible, se insiste, elevar cargos escritos y orales por un delito cuya base fáctica –en su sentido más

cardinal- nunca le ha sido puesta en conocimiento al imputado.

9.2. Sobre la prescripción de la acción penal

En los asuntos regidos por la Ley 906 del 2004, el periodo inicial de prescripción, esto es, previo a que se formule la imputación, corresponde al máximo previsto para el tipo penal, sin que pueda ser inferior a 5 años, ni superior a 20.

Esto significa, de conformidad con el artículo 86 del Código Penal, modificado por el canon 6° de la Ley 890 del 2004, que dicho lapso se interrumpe con la mencionada formulación de la imputación y, a partir de ese instante procesal, empieza a correr uno nuevo *«por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años»*, al tenor de lo descrito en el precepto 292 de la Ley 906 del 2004.

Es así que, desde la imputación corre otro intervalo que no puede ser inferior a 3 años ni superar los 10, espacio de tiempo que se suspende con la emisión de la sentencia de segunda instancia, *«el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años»*.

9.3. Restablecimiento de las garantías conculcadas en cada caso

De entrada, se percibe la violación del principio de congruencia, en diferentes variantes. Por una parte, porque a algunos procesados no les fueron comunicados durante la audiencia de formulación de imputación –e incluso en la acusación- ciertos hechos jurídicamente relevantes, particularmente, en relación con la cuantía de los injustos, generando en uno de los casos, incluso, el fenómeno de la prescripción. Y por otra, debido a que los jueces no emitieron ninguna decisión frente a uno de los punibles por los que se acusó a otro de los enjuiciados.

A continuación, se hacen evidentes las incorrecciones en que incurrieron los juzgadores, lesivas de los derechos al debido proceso y a la defensa y de los principios de congruencia y legalidad:

9.3.1. ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS

Como quiera que las acciones penales por los delitos de fraude procesal y uso de documento público fueron objeto de la declaración de prescripción en sede de segunda instancia, a este enjuiciado únicamente se lo condenó por el delito de peculado por apropiación en sus modalidades simple y continuada, en grado de interviniente, bajo la idea de que el monto de lo indebidamente apropiado fue de \$57.501.432 (el cual comprende \$11.644.544 por concepto de retroactivo y \$45.856.888 por razón de las mesadas), que, para el año 2007¹⁰⁹ era superior a los 50 salarios mínimos legales

¹⁰⁹ Última fecha de la comisión del ilícito.

mensuales vigentes¹¹⁰, facultando al *ad quem* para delimitar la pena en el ámbito punitivo del artículo 397, inciso 1°, del Código Penal.

Sin embargo, verificados los hechos jurídicamente relevantes expresados en la imputación se constata que, la cuantía endilgada, en esa oportunidad, al investigado, e incluso en la acusación, no contempló el valor de las mesadas causadas y pagadas, equivalente a \$45.856.888, sino únicamente el del retroactivo que tan solo alcanzó la suma de \$11.644.544, razón que le sirvió a la Fiscalía para ubicar la sanción en el inciso 3° de la citada norma.

En ese orden, es claro que la colegiatura excedió el marco de la atribución fáctico-jurídica y, con ello, vulneró el principio de consonancia, garantía que debe ser restablecida declarando la prescripción de la acción penal en salvaguarda del principio de legalidad y del derecho al debido proceso.

En ese propósito, se debe señalar que la pena para el delito de peculado por apropiación en su modalidad atenuada –por la cuantía– oscila entre 64 y 180 meses de prisión, límites que no pueden intensificarse en una tercera parte por la eliminación de la modalidad continuada del delito, sino que han de reducirse, en una cuarta parte, a 48 y 135 meses, con ocasión del dispositivo amplificador del tipo relativo al grado de interviniente.

¹¹⁰ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2007 era de \$433.700

Lo anterior, significa que el término prescriptivo durante la fase comprendida entre la formulación de la imputación y la sentencia de segunda instancia, equivalente a la mitad del límite punitivo máximo, es de 67.5 meses, es decir, 5 años y 7 meses y 15 días, los cuales se cumplieron el 19 de enero de 2015, debido a que la formulación de imputación se realizó el 4 de junio de 2009 y el fallo del Tribunal se produjo el 25 de mayo de 2017.

Ahora, como el fenómeno extintivo acaeció antes del fallo de segundo nivel, lo procedente es casarlo parcialmente de oficio y declarar la nulidad parcial de lo actuado en relación con **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, a partir del momento en que sobrevino la prescripción de la acción penal por el delito de peculado por apropiación, así como la consecuente preclusión de la actuación.

Habida cuenta que dicho acusado se encuentra en libertad¹¹¹, no hay lugar a disponer nada en torno a dicha circunstancia y únicamente se ordenará cancelar las órdenes de captura, las cauciones que hubieren sido prestadas y las medidas cautelares sobre bienes que se encuentren vigentes en relación con **MONDRAGÓN LIBREROS**. Además, de ser el caso, informará lo aquí resuelto a las mismas autoridades a las que se les comunicó la acusación y las sentencias de primera y segunda instancias.

9.3.2. LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS

¹¹¹ Cfr. folio 217 del cuaderno original 4.

En favor de este enjuiciado, también se declaró la extinción de la acción penal por prescripción respecto de los reatos de fraude procesal y uso de documento público falso, de manera que solamente fue condenado por el de peculado por apropiación agravado –por la cuantía- y continuado (canon 397, inciso 2° *ejusdem*) en tanto el monto de la apropiación ilegal, según el juez plural, ascendió a \$88.010.140 -\$80.294.735 por razón del retroactivo y \$7.715.405 de las mesadas-.

No obstante, al auscultar la imputación se advierte que al procesado únicamente le fue enrostrada la cantidad concerniente al retroactivo, no así la relativa a la mesadas causadas y pagadas, de manera que la conducta no podía adecuarse en el inciso 2° del precepto en cuestión sino en el del tipo básico -inciso 1°-, toda vez que la suma de -\$80.294.735, es inferior a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes de la época -2007-.

Lo anterior, supone una redosificación punitiva que implica imponer, bajo los nuevos límites punitivos y respetando el criterio del juzgador colegiado, el máximo del primer cuarto.

Es así que, la pena de prisión prevista para el delito de peculado por apropiación simple -del inciso 1°- va de 96 a 270 meses, los cuales no pueden verse acrecentados en una tercera parte, dada la exclusión de la modalidad continuada, atrás declarada, pero sí reducidos en una cuarta parte a 72

y 202.5 meses, por razón de la aplicación de la figura del interviniente, de modo que los cuartos de movilidad fluctúan entre 72 a 104,625 meses (primero), 104,626 a 137,25 (segundo), 137,26 a 169,875 (tercero) y 169,876 a 202,5 (cuarto) y la pena a imponer resulta ser de **104,625**, o sea, **104 meses y 19 días** que, corresponde al máximo del primer ámbito señalado.

Así mismo, en torno a la pena de multa, se observa que el *ad quem* recayó en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 31 del Código Penal, por cuanto omitió hacer la rebaja punitiva del interviniente, de una cuarta parte, al monto de lo apropiado (\$80.294.735), deducción que permite fijarla en \$60.221.051,25.

En los sentidos indicados, se casará parcialmente de oficio la sentencia de segundo grado, aclarando que la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas también se reduce a la misma cantidad.

9.3.3. MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA

Aunque el monto de la cuantía atribuido a esta enjuiciada fue uniforme en todas las fases procesales: \$86.289.114, se advierte que el juzgador plural erró al adecuar la conducta en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, pues, para el 2007, dicha suma era inferior a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que ubica el comportamiento delictivo en el tipo base descrito en

el inciso 1º *ibidem*, que lo sanciona con pena de prisión que va entre 96 a 270 meses.

Al igual que en el caso anterior, al excluir el incremento punitivo del delito continuado, solo es procedente descontar la cuarta parte, por el título de imputación –interviniente-, de modo que, la sanción fluctúa de 72 a 202.5 meses y debe ser tasada en el máximo del primer cuarto, atendiendo el criterio del juzgador plural, esto es, en **104,625 meses -104 meses y 19 días-**, a lo que también se reduce la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por su parte, la pena de multa también debe mermarse a **\$64.716.835.5**, por razón del descuento de la cuarta parte no reconocida por el juez plural, pues se trata de una interviniente.

9.3.4. SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, JORGE SEGUNDO HURTADO y JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA

Como se hizo respecto de los anteriores coprocesados, debido a la prosperidad del tercer cargo de la demanda de casación, es necesario eliminar el incremento de la tercera parte por la atribución de la conducta como delito continuado, erróneamente deducida por el Tribunal, respecto de los restantes enjuiciados.

9.3.4.1. En ese orden, frente a los tres primeros -**SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN y MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA**, se tiene que, fueron condenados por peculado por apropiación agravado (inciso 2º del artículo 397), el cual se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad que va de 96 a 405 meses¹¹².

Ahora, dado que, dicho reato les fue deducido a estos procesados en grado de intervinientes, a dichos extremos debe imputársele el descuento de la cuarta parte, quedando en 72 a 303,75 meses, que sometidos a cuartos se delimitan entre 72 a 129,9375 (primero), 129,9376 a 187,875 (segundo), 187,876 a 245,8125 (tercero) y 245,8126 a 303.75 meses.

Como el Tribunal escogió el máximo del primer cuarto, ese mismo criterio aplicará la Corte para fijar la sanción corporal en **129,9375 meses**, o lo que es igual, **129 meses y 28 días**, mismo monto al que se reduce la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

9.3.4.2. En cuanto se refiere a **JORGE SEGUNDO HURTADO** y **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** la situación es diferente pues estos fueron condenados por peculado por apropiación simple, de modo que la pena de prisión que les cabe es la misma que se dispuso respecto de **TRIANA LLANOS** y **RODRÍGUEZ MARULANDA**, o sea **104,625 meses -104 meses y**

¹¹² Esto, teniendo en cuenta el incremento de la mitad en el máximo del tipo base de 270 meses.

19 días-, considerando el descuento de la cuarta parte por el grado de intervinientes.

La misma proporción, es decir, la de la cuarta parte, debe disminuirse respecto de las penas de multa que habían sido señaladas para **SONY ALDANA LLANOS, RAFAEL MIZRACHI MILHEN, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, JORGE SEGUNDO HURTADO y JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** en \$122.367.388, \$123.989.672, \$99.841.347, \$25.797.767 y \$40.983.252, respectivamente, para ser impuestas, en definitiva, en \$91.775.541, \$92.992.254, \$74.881.010.25, \$19.348.325.25 y \$30.737.439, en su orden.

9.3.5. Ruptura de la unidad procesal

9.3.5.1. PHANOR ROJAS LIBREROS (no recurrente)

Tanto en la formulación de imputación, como en el escrito de acusación y la verbalización de la misma, a este procesado se le endilgó la comisión del delito de peculado por apropiación, en su modalidad continuada; también se le atribuyó en esa ocasión el de fraude procesal y en la acusación el de uso de documento público falso, pero ambos se declararon prescritos en la sentencia de segunda instancia.

Sin embargo, observa la Sala que el juez de primera instancia, solo hizo prevalecer la absolución respecto de la prescripción frente al punible de fraude procesal, pero nada dijo en torno al de peculado.

Por su parte, el de segundo nivel, tampoco se pronunció al respecto, por lo que, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia (CSJ AP2289-2015), procede declarar la ruptura de la unidad procesal para que el *a quo* emita el fallo que corresponda en punto del comportamiento delictivo en comento.

En la providencia recién aludida, esta Corporación sostuvo:

La congruencia entre la acusación y la sentencia hace parte del debido proceso; ésta comporta la armonía que entre dichos actos debe existir en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, último que se afecta en los eventos en que deja de considerar uno o varios delitos imputados en el pliego de cargos (incongruencia omisiva).

(...)

La evidente ausencia de pronunciamiento en las sentencias de primera y segunda instancia acerca del concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, por el que también fue acusado (...), lleva a la conclusión de que efectivamente se quebrantó, por omisión, el principio de congruencia.

El artículo 10 de la ley 906 de 2004, rector del presente trámite, establece que las actuaciones procesales se deben desarrollar teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia y que los funcionarios judiciales hagan prevalecer el derecho sustancial.

Igualmente, determina el inciso quinto de la citada disposición, que los jueces de control de garantías y conocimiento están en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.

Ahora bien, advertido que la sentencia dejó de pronunciarse sobre algunos de los delitos imputados en la acusación –el concurso homogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado–, el yerro debe ser corregido.

Como por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, sí existe adecuado pronunciamiento judicial, no se hace necesario decretar la nulidad de lo actuado.

Tampoco resulta viable que esta Corporación emita decisión complementaria, porque limitaría a las partes en el ejercicio de los derechos de contradicción, a la segunda instancia y a la interposición del recurso extraordinario de casación.

Entonces, para la corrección de la irregularidad advertida, se acudirá a la ruptura de la unidad procesal y se expedirán copias de la carpeta y los registros que contienen la actuación, para que por ser separado el Juzgado de primera instancia profiera el fallo referido al concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado.

Este criterio ya fue aplicado por la jurisprudencia de la Sala en eventos similares al que ahora ocupa su atención, en trámites regidos por la Ley 600 de 2000, razonamientos que guardan coherencia conceptual y normativa con las disposiciones propias del sistema regido por la Ley 906 de 2004, el que aquí se reitera (CSJ SP 20 nov. 2001, rad. 15664; y 12 ago. 2009, 32189).

Esta solución fue reiterada, en el auto CSJ AP4730-2015, oportunidad en la que, ante la constatación de ausencia de fallo frente a uno de los delitos por los que se acusó, se dispuso

no la nulidad, sino la ruptura de la unidad procesal. En consecuencia, se expedirán copias de las carpetas y de los registros que contienen la actuación para que, por separado, el Juzgado de primera instancia profiera la sentencia que corresponda por razón de las conductas punibles endilgadas y que no obtuvieron decisión de fondo (...).¹¹³

9.3.5.2. SONY ALDANA LLANOS y RAFAEL MIZRACHI MILHEN

Además de la defraudación por las sumas de \$122.367.388, \$123.989.672, por las que fueron condenados **ALDANA LLANOS** y **MIZRACHI MILHEN**, en su contra

¹¹³ Dicha decisión, también se adoptó en la sentencia SP5897-2016, rad. 44.425.

la Fiscalía también imputó y elevó cargos por los montos cancelados por el Instituto de Seguros Sociales, en cumplimiento de la orden de tutela que los favoreció disponiendo el pago de las mesadas suspendidas por vía administrativa, en cuantía de \$21.766.615 y \$54.045.770, respectivamente.

Aunque dicha imputación se hizo de manera global, es decir, dentro del marco del delito continuado, el Tribunal no hizo ninguna consideración al respecto, dejando de definir si cabía elevar juicio de reproche a los acusados frente a esos dineros y limitándose a establecer responsabilidad penal únicamente en torno al retroactivo y las mesadas pensionales pagadas antes de la revocatoria directa de los actos administrativos de reconocimiento.

Ahora bien, no escapa a la Corte que, los hechos jurídicamente relevantes correspondientes a las mesadas pensionales pagadas por orden judicial constitucional debieron ser imputados como injusto autónomo y no bajo la vertiente del delito continuado, por cuanto, como se señaló en el apartado 7.2., la modalidad de apoderamiento de los caudales estatales varió respecto a la que fue producto del trámite administrativo de reconocimiento de la pensión, en la medida que, en aquella oportunidad, se utilizó el aparato jurisdiccional para darle vigencia al viciado acto de reconocimiento.

No obstante, es lo cierto que, así fuera en la modalidad continuada o en un concurso real homogéneo de tipos, el *ad*

quem omitió dictar sentencia al respecto y, por esa razón, lo que se impone es adoptar la misma decisión asumida respecto de PHANOR ROJAS LIBREROS, esto es, la de declarar la ruptura de la unidad procesal, para que el Tribunal emita el fallo que en derecho corresponde, específicamente frente a la aludida hipótesis fáctica.

10. Cuestión final

La Corte advierte que, pese a que, en el recurso de apelación, la Fiscalía no discutió la absolución proferida en favor de DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN e, incluso, solicitó que se confirmara la sentencia de primer nivel por cuanto no logró demostrar la “intervención” de esa acusada en los delitos enrostrados, el Tribunal, al resolver, revocó íntegramente la decisión de su inferior para condenar a la mayoría de los procesados y declarar la prescripción de las acciones penales respecto de algunos reatos y otros encausados, y, con ello, de paso, desconoció la absolución que favoreció a la mentada procesada, la cual, se insiste, no fue objeto de la impugnación vertical.

En ese orden, para remediar tal yerro, la Corte mantendrá incólume la absolución que, en primera instancia, absolvió a DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN.

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

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente, por el tercer cargo, la sentencia proferida el 25 de mayo de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

Segundo. En ese orden, **declarar** que el Tribunal Superior de Cali incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso final del artículo 31 del Código Penal, razón por la cual se excluye la imputación del delito continuado respecto de **RAFAEL MIZRACHI MILHEN, SONY ALDANA LLANOS, ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS, LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS, JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA, MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA, MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA y JORGE SEGUNDO HURTADO** y la pena de prisión equivalente a ese grado de injusto.

Tercero. Atendiendo el principio de doble conformidad judicial, se **confirma parcialmente** el fallo condenatorio dictado por primera vez en segunda instancia.

Cuarto. Casar oficiosa y parcialmente el mencionado fallo, en el sentido de:

4.1. Declarar la nulidad parcial de la actuación respecto del delito de peculado por apropiación, atenuado, en grado de interviniente, atribuido a **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**, por razón de la extinción de la acción penal, por **prescripción**, y, por consiguiente, decretar en su favor la preclusión de la actuación por dicho punible.

El Tribunal de origen procederá a cancelar las órdenes de captura, las cauciones que hubieren sido prestadas y las medidas cautelares sobre bienes que se encuentren vigentes en relación con **ORLANDO MONDRAGÓN LIBREROS**. Además, de ser el caso, informará lo aquí resuelto a las mismas autoridades a las que se les comunicó la acusación y las sentencias de primera y segunda instancias.

4.2. Declarar que la atribución de responsabilidad frente a **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS** procede por el delito de peculado por apropiación, descrito en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal, en grado de interviniente.

En consecuencia, **fijar** la pena de prisión en ciento cuatro (104) meses y diecinueve (19) días, mismo monto al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.3. Declarar que la atribución de responsabilidad frente a **MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA** procede por el delito de peculado por apropiación, descrito en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal y en grado de interviniente.

En consecuencia, **fijar** la pena de prisión en ciento cuatro (104) meses y diecinueve (19) días, mismo monto al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.4. Declarar la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso 4° del artículo 30 en la tasación de la pena de multa, respecto de todos los condenados, la cual se fija en las siguientes cuantías:

4.4.1. **RAFAEL MIZRACHI MILHEN:** \$92.992.254.

4.4.2. **SONY ALDANA LLANOS:** \$91.775.541.

4.4.3. **LUIS ENRIQUE TRIANA LLANOS:** \$60.221.051.25.

4.4.4. **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA:** \$30.737.439.

4.4.5. MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA:
\$74.881.010.25.

4.4.6. MARÍA AMPARO RODRÍGUEZ MARULANDA:
64.716.835.5.

4.4.7. JORGE SEGUNDO HURTADO: 19.348.325.25.

4.5. Decretar la ruptura de la unidad procesal para que se remitan copias de la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, a efecto de que allí se profiera la sentencia relacionada con el delito de peculado por apropiación endilgado a PHANOR ROJAS LIBREROS.

4.6. Decretar la ruptura de la unidad procesal para que se remitan copias de la actuación a la Sala Penal del Tribunal

Superior de Cali, a efecto de que dicte la sentencia respectiva, en relación con los hechos a los que se refiere esta providencia en el apartado 9.3.5.2., endilgados a **RAFAEL MIZRACHI MILHEN** y **SONY ALDANA LLANOS**.

Quinto. Declarar que la atribución de responsabilidad frente a **RAFAEL MIZRACHI MILHEN**, **SONY ALDANA LLANOS** y **MARÍA EUDOCIA HERRERA VALENCIA** procede por el delito de peculado por apropiación, agravado, descrito en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal, en grado de intervinientes.

En consecuencia, **fijarles** la pena de prisión en ciento veintinueve (129) meses y veintiocho (28) días, mismo monto al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Sexto. Declarar que la atribución de responsabilidad respecto a **JOSÉ JOAQUÍN REYES CORREA** y **JORGE SEGUNDO HURTADO** procede por el delito de peculado por apropiación, agravado, descrito en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal, en grado de interviniente.

En consecuencia, **fijar** la pena de prisión en ciento cuatro (104) meses y diecinueve (19) días, mismo monto al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Séptimo. Confirmar la absolución que, en primera instancia, absolvió a **DORALICE BUITRAGO BARRAGÁN**.

Octavo. En lo demás, la providencia impugnada se mantiene incólume.

Noveno. Contra esta decisión no proceden recursos.

Décimo. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Presidente

sal@2020



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado



GERSON CHAVERRA CASTRO


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Sala


FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@2020

Sala Casación Penal@2020