



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Marzo 07 de 2024 n.º 02

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

CONCURSO - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, exceda el otro tanto

La Sala de Casación Penal se pronunció, de manera oficiosa, frente a la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la impartida por el Juzgado 42 Penal del Circuito con función de conocimiento de la misma ciudad, mediante la cual condenó, vía preacuerdo, a SLAM, EKCM, SMMB e IAB, a título de coautoras, y a EDRH como determinador, del delito de lesiones personales dolosas.

En tal sentido, la Corte casó oficiosa y parcialmente la sentencia de segunda instancia, para redosificar la pena de prisión imponible a los procesados; al considerar que, el juez de primera instancia, al momento de asignarla por los delitos concursantes de manera homogénea, desconoció la regla de “hasta en otro tanto”; al superar el doble de la sanción fijada para el delito más grave, con lo que infringió el principio de legalidad.

SP091-2024(62266) de 31/01/2024

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 15 de octubre de 2017, en vía pública, EDRH y JLAB -quienes tienen una hija en común de tres años, pero no conviven, discutieron y aquel le dijo a JLAB, entre otras cosas, “ahora es

que se ponga a ofrecer la niña a los hombres, perra”. Lo que motivó que esta le propinara una bofetada.

2. En ese instante, intervino SLAM - compañera sentimental de EDRH - y le dio un golpe en la cabeza a JLAB con una botella. De manera inmediata, ÁMA, quien acompañaba a su hermana JLAB, intentó defenderla. A la reyerta se sumaron EKCM, IAB y SMMB.

3. JNA y el menor J.A.A. -padre y hermano de JLAB-, intervinieron y resultaron lesionados

4. La fiscalía precisó que, durante el curso de las agresiones, EDRH incitó a las mujeres para que mataran a JLAB, porque así podía quedarse con la niña.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEGALIDAD DE LA PENA - Límite máximo / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, exceda el otro tanto

«[...] para la dosificación de delitos que concurren de manera homogénea u heterogénea, el legislador, amparado en el principio de proporcionalidad, sometió la dosificación de las respectivas penas a unos límites específicos, que obligan a que i) el incremento respectivo no supere el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave y ii) no se supere el monto de 60 años de prisión.

Ahora, recientemente, en cuanto a la regla de “hasta en otro tanto” en la tasación del concurso de conductas punibles, la Corte no solo ratificó la prohibición legal de imponer una sanción que

supere el otro tanto de la sanción señalada para el delito base -el individualizado con la pena más alta-, sino que, precisó, a su vez, a partir de una hermenéutica estrictamente atada a la legalidad, que «la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando quiera que el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, por razón de las conductas punibles concursales, exceda el otro tanto» (CSJ SP322-2023, rad. 59683).

Así, se concluyó que, la pena del delito más grave, incrementada por el concurso, siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al otro tanto y, por consiguiente, cualquier suma aritmética por encima de ese límite que lo exceda infringe el principio de legalidad»

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad de la pena / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: para aplicar en debida forma la expresión “hasta en otro tanto”

«Tal como quedó plasmado en los antecedentes de esta decisión, SLAM, EKCM, SMMB, IAB y EDRH, fueron condenados como coautoras y

determinador, respectivamente, del delito de lesiones personales dolosas, en concurso homogéneo, a las penas principales de cuarenta (40) meses de prisión, y trece punto treinta y dos (13.32) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Para el efecto, el fallador unipersonal, una vez individualizó las penas para cada uno de los ilícitos, seleccionó como delito base el punible ejecutado sobre JNAL relativo a una incapacidad médico legal superior a los 30 días (40 días) dado que lo tasó en 16 meses de prisión, a los que le sumó 8 más por el mismo reato cometido en YLAB derivado de una incapacidad médico legal de 35 días, otros 12 por la conducta que recayó en el menor de edad J.A.A.B. y, por último, adicionó 4 meses por el injusto cometido en ÁMAB, para un total de 40 meses.

Lo anterior, significa que agregó un total de 24 meses de prisión, por razón del concurso de conductas punibles, siendo que, de acuerdo con la anotada regla de “hasta en otro tanto”, habría podido añadir al punible base, máximo, otros 16 meses, que corresponde al doble de la sanción fijada para el delito más grave».

LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Su evaluación se debe realizar ex ante / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: ciencia inexacta, el profesional está en la obligación de recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: reconsulta por urgencias, análisis

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación presentado por el defensor de AECS, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como autor responsable del delito de homicidio culposo.

La Sala no casó la sentencia impugnada, al apreciar en ella una adecuada y suficiente explicación del motivo por el cual los medios de prueba, analizados en conjunto, emergen

suficientes para soportar la responsabilidad deducida al acusado.

Al respecto; consideró que el procesado, en su condición de médico pediatra, si se despojó de su deber de garante, dado que, al momento de atender un re-ingreso por urgencias, que requería de una mayor diligencia, no realizó una práctica adecuada, de conformidad con los signos que presentaba la paciente desde varios días atrás, los cuales le obligaban a ordenar exámenes indispensables para precisar la patología y el tratamiento requerido, que hubiere salvaguardado la vida de la menor.

Para ello, aclaró que, por tratarse la medicina de una ciencia inexacta, al momento de atender a un paciente, el médico debe recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece, con el propósito de brindar una mejor atención al enfermo, en este caso, acceder a la historia clínica anterior.

SP481-2023(55121) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la noche del 1° de junio de 2012, A.L.G., de 11 años, ingresó al servicio de urgencias de la Fundación Clínica Shaio, con cuadro de mucha sed de 15 días de evolución, náuseas asociadas a vómito y evacuaciones semilíquidas. La impresión diagnóstica del pediatra JMEG, fue “diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso”, por lo que le dio tratamiento domiciliario.

2. Como la menor no mejoraba y algunos síntomas relacionados con la primera consulta persistían, entre ellos, somnolencia, náuseas, reflujo, gastritis, bajo peso, ojeras y sed, por segunda vez, el 3 de junio de 2012 a las 9:00 de la mañana, fue llevada a urgencias de la misma clínica para una re-consulta. En esta ocasión, la atención corrió por cuenta del pediatra AECS. Su diagnóstico consistió en que padecía un cuadro de gastritis y, por considerar que estaba estable e hidratada, decidió darle manejo domiciliario con nutrición gastro – pediátrica.

3. En la noche de ese mismo 3 de junio de 2012 -8: 25 pm. -dado que la menor no mejoraba, de nuevo, por tercera vez, fue ingresada a urgencias de la clínica Shaio, con dificultad respiratoria y frecuencia cardiaca de 156 por minuto, por lo que fue hospitalizada.

4. En la madrugada del 4 de junio de 2012, la menor presentó edema cerebral severo, por lo que se inició protección cerebral y manejo de antibiótico con ampicilina sulbactam.

5. El 5 de junio de 2012, A.L.G. presentó ausencia de función de tallo cerebral, en consecuencia, se le suspendió la sedación analgésica, para valoración.

6. El 6 de junio siguiente presentó muerte cerebral asociada a un test de apnea positivo, se determinó su fallecimiento a las 8:20 de la noche.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Su evaluación

se debe realizar ex ante / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: ciencia inexacta, el profesional está en la obligación de recurrir a varias de las opciones que la lex artis le ofrece / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Medicina: reconsulta por urgencias, análisis / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Posición de garante / **POSICIÓN DE GARANTE** - Ejercicio de la profesión médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Responsabilidad médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: cuando el médico de urgencias no realiza una adecuada valoración del paciente

«En su manifestación, el letrado desconoce que la contrariedad con la lex artis atribuida al galeno acusado, no se sustentó, conforme a las pruebas allegadas, en información ex post -que se obtuvo de la paciente cuando ingresó por tercera vez a urgencias y fue hospitalizada (esta vez no fue atendida por el procesado)-, sino por la deficiente actuación que desarrolló durante la atención de la menor, en horas de la mañana del 3 de junio de 2012, dado que, entre otros aspectos:

i) como se trataba de una re-consulta fue llevada por primera vez el 1 de junio de 2012, dada la falta de mejoría de la menor, los padres debieron llevarla de nuevo a urgencias; ii) no se interesó por hacer directamente un chequeo físico, sino que dejó este al médico general que lo acompañaba, quien, con esos propósitos ingresó al consultorio del procesado, después de iniciada la consulta; iii) no pidió el archivo de la historia clínica de la menor, elaborada dos días antes, para indagar cuáles síntomas venía presentando y si había mejorado o empeorado; iv) se abstuvo de ordenar exámenes complementarios, a pesar de que los síntomas tenían más de 15 días de evolución y, v) en lugar de mantenerla en observación, dio tratamiento domiciliario.

La defensa, en contradicción con lo realmente demostrado, trata de anteponer su propio criterio al de las instancias, para lo cual aduce que se ha exigido del galeno diagnosticar y ordenar exámenes para la condición de diabética a pesar de que no la presentaba.

No obstante, la disertación real de los operadores jurídicos consistió en que, a pesar del sinnúmero de síntomas inespecíficos que presentaba la menor, cuando fue valorada por el acusado, no dispuso la práctica de exámenes paraclínicos, se aclara, no para detectar la diabetes, cuya

patología no padecía la paciente, sino con el cometido de establecer, desde la *lex artis*, qué era lo en realidad le afectaba, dada su falta de mejoría, latente por varios días.

[...]

En su afán de añadir plurales errores de raciocinio en la valoración que realizó el Tribunal, insiste el abogado en que los padres de la menor, EG y FELC, no le manifestaron al acusado que su hija padecía diabetes, sino otras dolencias, como ansias, ojeras, ausencia de lágrimas, dolor de estómago, náuseas, por lo que, en su sentir, no se le podía exigir que ordenara exámenes de sangre para llegar a esa conclusión.

La deducción a la que llega el jurista se opone al contenido de los fallos de instancia; no afirmó el Tribunal que los padres de la menor omitieran informarle al acusado que ésta presentaba diabetes lo que, por supuesto, hubiera cambiado el curso causal de resultado, conforme lo indica la defensa. Contrario a ello, la sentencia descartó que a la paciente le fuese detectada esa patología con antelación a la consulta, por lo que, no podían los padres dar cuenta de una enfermedad que les era ajena y la que nunca le fue diagnosticada a la menor, como en efecto lo concluyeron las instancias y se desprende de las pruebas allegadas.

[...]

La persistencia de los síntomas indicados, durante tantos días, exigía del galeno desde la óptica de la *lex artis*, actuar con la precaución debida y, ante lo inespecífico del mal que aquejaba a la menor, ha debido mantenerla en observación y ordenar exámenes complementarios, con el propósito de llegar a un diagnóstico verificable.

No se discute, como atrás quedó reseñado, que para el año 2008, cuando la menor fue atendida en otra clínica por el pediatra PA, éste indagó y dejó registrados en la historia clínica, los antecedentes de diabetes que se detectaron en los abuelos y tíos maternos de la menor, aspecto sobre el cual, omitió el acusado indagar en la anamnesis del 3 de junio de 2012.

En esta omisión radica otra de las críticas realizadas por los expertos que concurrieron a juicio y que participaron en el Comité científico realizado entre la clínica [...] y la IPS [...] el 21 de junio de 2012, luego de que los padres de la menor pusieran en conocimiento las

irregularidades presentadas en la atención médica de la menor cuando fue llevada por urgencias el 1° y 3 del mismo mes y año.

Precisamente, los profesionales en salud que hicieron parte del mencionado comité, entre otros, ALM, JMEG, OLME y MFPA, manifestaron que se hicieron observaciones acerca de la importancia de consultar las historias clínicas anteriores, realizar un examen físico acucioso e interrogar de manera exhaustiva al paciente o en su defecto a sus acompañantes, sobre todo cuando se trata de re-consultas.

Ahora, aunque esos antecedentes no fueron indagados por el pediatra a los padres de la menor, ni éstos lo reportaron, es lo cierto que, para ordenar la práctica de exámenes paraclínicos, tendientes a establecer la patología que padecía la menor, bastaba con los síntomas que en esos momentos registraba, independientemente de que sus parientes tuvieran o no antecedentes de diabetes.

Así lo concluyó el Tribunal, al analizar los testimonios de los médicos ALM, GAME y JRML, quienes de manera uniforme aseguraron que no era de importancia significativa reportar ese antecedente familiar, por cuanto, debía apoyarse en los síntomas y signos que padecía la menor para el momento en que consultó por urgencias.

[...]

Ahora, encuentra la Sala cómo, de acuerdo con lo declarado por las médicas MV de la clínica [...] y MVUZ perito llevada a juicio por la fiscalía, coinciden estas en señalar que son indicativos de diabetes la polidipsia (mucho sed), polifagia (mucho hambre), poliuria (mucho orina); eso sí, aclararon, “no es necesaria la presencia de todos los síntomas para diagnosticar una diabetes”.

Incluso, la doctora UZ manifestó que la diabetes en menores se presentaba de manera aguda, rápida; puede tener una evolución de una semana o, inclusive, de menos tiempo y presentarse después de un cuadro viral, y agrega que, el vómito puede también ser un síntoma de diabetes, que puede indicar presencia de acidosis, es decir, una descomposición metabólica del cuerpo.

Consecuente con ello, expuso el Tribunal, que como los síntomas de diabetes como igualmente la defensa lo señala, son menos frecuentes que los cuadros de gastroenteritis y gastritis, al no constituir éstos impresión diagnóstica, sino

síntomas inespecíficos conforme lo indicó el médico UZ, ha debido el acusado, de no haber actuado con ligereza, tener en cuenta éstos últimos síntomas, junto con las demás señales de alarma que presentaba la menor y la información reportada por los padres de ésta, para proceder en su lugar a ordenar exámenes complementarios y mantener en observación a la menor, en lugar de regresarla a su casa.

La Sala recuerda que dentro de la actuación quedó demostrado que el síntoma de sed excesiva, persistió en el cuerpo de la menor por más de quince días, incluso, durante la consulta del 3 de junio de 2012, efectuada por el acusado, al punto que, la menor ingresó a su consultorio con una botella de suero en la mano, como lo refirió la médico general de apoyo, JCPP , y lo confirmó el investigador de la defensa, JG , al aportar a su testimonio un video de la atención prestada por el acusado en el que se registra a la niña portando el mencionado envase.

Se insiste, no es que el fallo de segunda instancia señalara que el solo síntoma de sed excesiva bastara para diagnosticar por parte del procesado la diabetes, como equivocadamente lo asevera el impugnante, sino que, cuando se refirió a las demás señales de acuerdo a lo declarado por los profesionales de la medicina, lo hizo para resaltar cuál de ellos presentó la víctima al momento en que fue valorada por el acusado, no para dar por hecho como lo sostiene el demandante que padecía determinada enfermedad.

Véase que, por ejemplo, el Tribunal reconoció que, si bien, para el momento de la atención de la víctima, por parte del acusado, el síntoma de poliuria mucha orina, no fue mencionado en la consulta, de todas formas, advirtió la perito MVUZ médica endocrinóloga pediatra que es posible «que este síntoma no se presente debido a un proceso de deshidratación», dado que la menor había presentado por varios días, además de la sed, diarrea semilíquida y vomito.

Aspecto éste, resalta la Sala, que no tuvo en cuenta el procesado al momento de hacer un diagnóstico verificable, dado que, al analizar todos los síntomas que en conjunto registraba la paciente desde muchos días atrás, ha debido prever que se encontraba ante una deshidratación, como en efecto lo aseguró la testigo.

Así, fue clara la profesional UZ apoyada, entre otros aspectos, en su experiencia profesional por más de 20 años, en los protocolos que se deben tener en cuenta en urgencias y en la literatura médica, al señalar que en los casos en los cuales no se hace un diagnóstico oportuno, como ocurrió en el caso de la menor, es factible que se presente la diabetes tipo 1, con cetoacidosis diabética.

[...]

A su vez, criticó la testigo, las historias clínicas realizadas por los pediatras que valoraron a la menor los días 1º y 3 de junio de 2012, dado que “son muy cortas, uno no podría decir que fue un interrogatorio exhaustivo porque pues en el resumen de la historia clínica son los tres renglones de los que se encuentran en el interrogatorio”.

En concreto, respecto de la historia clínica de la mañana del 3 de junio de 2012, suscrita por el acusado, dijo la testigo: “en una re-consulta generalmente uno hace un interrogatorio más exhaustivo para confirmar el diagnóstico, lo otro es que se apoya como lo he repetido en exámenes paraclínicos, en laboratorios y pues se puede dejar a la paciente un rato en observación a ver cómo responde; es una niña que venía con vómitos, se pudo haber sugerido dejarla en hospitalización para ver si toleraba la vía oral, si dejaba de vomitar, esto en ningún momento se propuso simplemente se envió a la niña para la casa”.

En sentir de la profesional, como se trataba de una re-consulta, en la intervención realizada por el acusado se ha debido apoyar en exámenes de laboratorio, como quiera que, consultaba por una misma patología, situación que llevaba a indicar que la menor no había mejorado:

[...]

Lo señalado por la profesional se acompasa con lo que dijeron los padres de la menor en audiencia, en cuanto, describieron la poca importancia que el acusado le dio a los síntomas que tenía la menor, junto con el muy poco tiempo que destinó al examen, que no superó los 10 minutos.

Ese actuar ligero y apresurado del galeno lo llevó a que no se generara ningún plan de trabajo serio y adecuado, a través del cual se auscultaran a profundidad los signos y síntomas que presentaba la paciente.

La serie de señales advertidas síntomas y signos, como lo adujeron las instancias, le indicaban al galeno que algo andaba mal.

En este sentido, además del relato vertido por la especialista UZ, el doctor JRML, quien participó en el Comité técnico realizado por la Clínica [...] y [...] el 21 de junio de 2012, luego del deceso de la menor (cuyo diagnóstico fue incorporado como prueba de referencia admisible, dado su deceso) estimó, una vez valoradas las historias clínicas del 1° y 3 de junio de 2012, que la paciente se puede presentar hidratada por las reservas que tenía, pero que estas se fueron agotando.

Ello, para indicar aquí, que la ausencia de evidencias de deshidratación no se erige en factor suficiente para descartar una patología más grave que la adoptada, sin ninguna clase de criterio razonable, por parte del acusado.

Además, el pediatra OQG, testigo perito de la Fiscalía, quien realizó un análisis a las historias clínicas de la menor, fechadas el 1° y 3 de junio de 2012, con ocasión de su deceso, aseveró que, cuando la niña fue llevada por segunda vez a una re-consulta atendida por el acusado se debió generar un plan de trabajo.

[...]

Estas, las razones para que los falladores atribuyeran al galeno un “actuar ligero, en vista que en su mediación profesional no advirtió las señales de alarma que se evidenciaban en el cuerpo de A.L.G., y que los padres de la menor de edad le transmitieron en la re-consulta”.

A lo anterior, se adicionó que la menor bajara de peso entre una consulta y otra, junto con la muestra de sed excesiva, signos que no tuvo en cuenta el procesado al momento de la atención, al extremo de omitir registrarlos en la historia clínica.

Incluso, en contra de lo dicho por los progenitores de la paciente, en juicio dijo el acusado, que tales síntomas no le fueron descritos por aquellos.

Lo manifestado en audiencia pública por el procesado CS, pierde consistencia una vez verificado el relato claro y contundente ofrecido por los padres de la menor, quienes advirtieron que varios de los síntomas no fueron registrados en la historia clínica, señalamiento que terminó aceptando la médica JCPP quien apoyó al pediatra en consulta.

La médica de apoyo, al efecto, terminó por reconocer después de que se le pusiera de presente una entrevista anterior suya, que la niña había bajado un kilo de peso, al comparar la consulta anterior del 1° de junio de 2012, con la del 3 del mismo mes y año, aunado a que los “padres sí refirieron que menor tenía sed. [...] recuerdo que la niña estaba sentada tomando su suerito oral, se veía tranquila [...] la menor igualmente estaba pálida y con ojeras”. Reconoció la profesional, igualmente, que éstos específicos síntomas no quedaron anotados en la historia clínica realizada por el acusado.

Como si lo anterior no fuera suficiente, destacó el Tribunal, que el acusado pasó por alto que se trataba de una re-consulta, por lo que le era exigible verificar la historia clínica anterior expedida el 1° de junio de 2012, dos días antes de la reconsulta, con el propósito de realizar una comparación entre los síntomas que para ese momento presentaba la menor, con los reportados por su antecesor, a efectos de determinar si habían cambiado o empeorado.

Esta conclusión del Tribunal, la cataloga la defensa como equivocada evidente falso raciocinio, en tanto, del testimonio del médico GAM, en torno de la posibilidad que tenía el acusado de acceder a la historia clínica de la menor, no deriva el deber del profesional de consultarla al momento de realizar la valoración clínica, dado que no está contemplado en la ley positiva, ni ha sido reconocido por la jurisprudencia o por la comunidad científica.

Al respecto, la defensa omite señalar que, por tratarse de una ciencia inexacta, debe el profesional de la medicina, al momento de atender a un paciente, recurrir a varias de las opciones que la *lex artis* le ofrece, con el propósito de brindar una mejor atención al enfermo, dado que de él se espera por su posición de garante poner al servicio del paciente todos los conocimientos que atiendan la acción de salvamento emprendida, la que, de ser interrumpida de manera inadecuada lo convierte en responsable del mayor riesgo y consecuente resultado que genere, como en efecto lo ha indicado esta Corte (CSJ, SP de dic de 2005, rad. 24696, SP 22 May de 2008 Rad. 27357, SP 06 Jun de 2013 Rad. 38904 y SP 1315, 10 jun de 2019, rad. 46766).

Consecuente con ello, estima la Sala, no era un obstáculo para el profesional de la medicina, al emprender la atención de la menor, acceder a la

historia clínica anterior, puesto que se encontraba archivada, conforme lo aseguraron, los médicos JMEG y JRM y de contera de fácil obtención y consulta.

Precisamente, para la instancia ese hecho lejos de ser un imposible, algo engorroso, demorado, inadecuado o impertinente, lo que evidenciaba es un desinterés, fundado o no, en conocer de los datos médicos que su colega estimó de relevancia para registrar en dicho documento.

No desconoce la Sala, como el libelista lo señala, que en rigor, lo declarado por el médico ALM, no conduce a afirmar obligatoria, en la atención de urgencias, la verificación de lo escrito historia clínica, por cuanto, el diagnóstico puede partir de la consulta y la interacción del médico con el paciente. De otra manera, según el testigo, muchos pacientes de urgencias morirían mientras esperan a que lleguen lo que se hizo antes.

Ello no implica, sin embargo, desconocer que el elemento en cuestión sí se ofrece trascendente e importante en la labor del médico, no solo porque registra signos y síntomas anteriores, sino porque, en tratándose de re- consulta, como ya se ha dejado planteado, al médico le corresponde adelantar una necesaria labor de contrastación, a efectos de determinar con mayor rigor por qué el tratamiento sugerido en la ocasión anterior no ha traído consecuencias positivas y de las razones por las cuales el paciente continúa en deterioro, sin ninguna mejoría.

En este sentido, observa la Sala que lo referido por el médico LM comporta una impertinente remisión al absurdo, a partir de la cual se pretende generar una conclusión inadecuada, pues, lo controvertido representa apenas una simple labor de balanceo y racionalidad, en tanto, no se discute que si el paciente presenta síntomas alarmantes, que demandan de urgente atención, no es posible, para un mejor diagnóstico, exigir que se allegue una historia clínica, cuando esta se encuentra en otro lugar o es de difícil acceso. Pero, en términos de razonabilidad, si se trata de una re-consulta que obedece a la ausencia de mejoría de la menor y se cuenta con la historia clínica que registra los síntomas verificados apenas dos días antes, no se duda que, acorde con el rigor médico exigido, un comportamiento responsable, en seguimiento de la lex artis, demandaba acudir a ese medio valioso.

Incluso, en oposición con lo señalado por el propio testigo LM, respecto de la poca importancia de la historia clínica anterior, el fallo atacado sí consideró la relevancia de examinar el mencionado documento, basado, para ello, en lo que dijo el mismo testigo LM, al afirmar que en casos de re-consulta se debe indagar más a los acompañantes de la paciente y examinar por qué sigue en ese estado de salud.

Ahora, es incontrovertible que en este caso, aunque el acusado CS, definitivamente no verificó la historia clínica anterior de la menor, la situación se consideraría superada si, a cambio de ello, hubiera efectuado directamente una auscultación seria y detallada de la condición física de la paciente, sin atenerse sólo a lo referido por la médico de apoyo JCPP.

Se sabe que la médica de apoyo llegó al consultorio después de iniciada la consulta y se limitó a examinar físicamente a la paciente, mientras el pediatra le indicaba que: “se trataba de una re-consulta, que era una niña que había venido con un cuadro de gastroenteritis de diarrea y vómito, el cual ya había resuelto, pero había quedado la gastritis [...] que era una niña que no presentaba antecedentes de relevancia.

En esa medida, el Tribunal no incurrió en ningún error cuando consideró que por tratarse de un re- ingreso por urgencias, debió el profesional de la medicina tener una mayor diligencia.

[...]

Asegura el recurrente, de otro lado, que el fallo de condena desconoce que los expertos del comité científico de [...] llegaron al mismo diagnóstico del acusado, al ponerse mentalmente en su situación, cuando atendió a la víctima.

Sobre éste tópico, el juez colegiado concluyó que, ciertamente, los profesionales que conformaron el comité de [...] no fueron testigos de los hechos, en tanto, no estuvieron presentes en la sala de urgencias cuando la menor fue atendida.

Sin embargo, la decisión de condena se apartó del mencionado concepto, porque el informe estuvo cimentado en la historia clínica suscrita por el procesado, en cuyo contenido no se registraron todos los síntomas que padecía la paciente cuando este la examinó, ni las manifestaciones que respecto de su estado hicieron los padres de la menor, cuyo relato fue corroborado por la médico de apoyo JCPP, que como atrás se vio,

acompañó en parte de la consulta al aquí acusado.

Tampoco tuvieron en cuenta dichos profesionales, añade la Corte, la historia clínica de la menor, en lo que respecta a la consulta del 1° de junio anterior, cuya omisión de consulta, releva la Corte, hace parte del comportamiento negligente atribuido al procesado.

Esa es la razón para que, con fundamento adecuado, el ad quem diera más credibilidad a las versiones ofrecidas por los padres de la menor, que a la ofrecida por el procesado, al observar que éste no cumplió los protocolos propios que la lex artis le exigía, relacionados con una mayor diligencia en la valoración de los síntomas y signos de la paciente.

En punto de credibilidad, entonces, es claro que lo dicho por el acusado y los testigos de descargos no se muestra lo suficientemente consistentes, al tanto que, como lo indicó el ad quem, nada permite advertir mendacidad en los relatos ofrecidos por los padres de la víctima.

En suma, la fuente de creación de riesgo jurídicamente desaprobado atribuida al profesional acusado, la fundó el Tribunal en el conjunto de posibilidades que tuvo a su alcance para realizar una intervención oportuna, eficiente y eficaz, que hubiere salvaguardado la vida de la menor.

[...]

No se olvide, además, que sin conocer aún la verdadera situación clínica de la paciente pues, no ordenó los exámenes complementarios decidió recomendar el suministro de bebidas dulces

porque los ácidos no le servían para la gastritis, conforme lo aseguraron los progenitores.

Por supuesto, resulta lógico concluir, como lo hicieron las instancias, que de haber conocido el galeno si hubiera actuado con la diligencia debida cuál era la real situación médica de la paciente, no hubiese ordenado suministrarle bebidas azucaradas. Esa recomendación surgió porque consideró, sin base alguna verificable, que se trataba de una gastritis, cuando en realidad sucumbía ante una diabetes tipo I.

No se dice, cabe repetir, que el acusado debiera conocer cuál en concreto podía ser la condición de la menor, o mejor, la patología que padecía, pero, si se le reprocha no haber adelantado los necesarios estudios y exámenes para determinar dicha condición, en cuyo caso, no se duda, otro habría sido el diagnóstico y, por supuesto, también distinto se habría ofrecido el tratamiento, al punto de evitar el resultado que hoy se lamenta. Desde esa perspectiva, la crítica defensiva no alcanza a demostrar cuál fue el error de raciocinio en el que incurrió el Tribunal.

Por lo demás, acertaron las instancias al concluir que el profesional obvió su rol de garante, conforme lo enseña el artículo 25 numeral 1 del C. P., en los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, según el cual, «el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente».

DEBIDO PROCESO - Unidad defensiva: abogado y procesado pueden actuar en conjunto o separadamente / **DEBIDO PROCESO** - Unidad defensiva: autonomía del imputado para interponer recursos / **NULIDAD** - Principio de unidad de defensa / **NULIDAD**- Derecho de defensa: se vulnera, cuando por fallas tecnológicas en el desarrollo de las audiencias, el imputado no conoce la decisión de fondo

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, mediante la cual confirmó la proferida en el Juzgado Primero Penal del Circuito

Especializado de esa ciudad, que condenó a MMCG como autor de concierto para delinquir agravado.

En este asunto, la Sala casó la sentencia impugnada y decretó su nulidad parcial, en relación con la situación del procesado MMCG. En consecuencia, dispuso la remisión de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal para que resuelva de fondo, lo más pronto posible, el recurso de apelación interpuesto y sustentado directamente por aquel.

Lo anterior por cuanto, MMCG no tuvo la oportunidad de impugnar la decisión que le fue

desfavorable y con ello se le vulneró el derecho de defensa; pues el juez de primer nivel, pese a los evidentes problemas técnicos y de conexión, no constató que el procesado hubiere conocido en su totalidad la decisión condenatoria.

Aunado a lo visto, la Sala destacó como equivocada la interpretación de que, como el defensor de MMCG, en la audiencia de 26 de abril de 2023, expresó que no interponía recursos, entonces aquél ya estaba obligado a plegarse a la voluntad de su mandatario, pues tal comprensión de la norma desconoce la doctrina decantada acerca de la unidad de defensa y sus efectos; según la cual, el imputado o acusado no solo conforma con su abogado una unidad defensiva, sino que posee autonomía, en lo que al aspecto material compete, para hacer valer individualmente sus derechos.

SP516-2023(64879) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 30 de octubre de 2014, en la finca LG, hicieron presencia en una motocicleta dos sujetos, uno de ellos, MMCG, exigiendo a su propietario la suma de \$ 10'000.000, pretextando ser emisarios del grupo armado ilegal conocido como Las Águilas Negras.
2. Por esos hechos, ante un juez con función de control de garantías, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura y formulación de imputación, por extorsión agravada, en grado de tentativa, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir, agravado.
3. El 30 de noviembre de 2015 se llevó a cabo en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Yopal, la audiencia de formulación de acusación. En la audiencia preparatoria MMCG se allanó al cargo formulado por el delito de extorsión en grado de tentativa, razón por la que el juicio ordinario continuo respecto de él solo por concierto para delinquir, agravado.
4. Agotado el juicio oral, público y concentrado, el 26 de abril de 2023 el funcionario de conocimiento, en armonía con el sentido del fallo, dictó sentencia. En la audiencia de lectura,

llevada a cabo por videoconferencia, el defensor de MMCG indicó no interponer recursos. Pese a ello, cuando se surtió el traslado al acusado para los mismos fines, este no pudo manifestarse por cuanto se perdió la comunicación de audio y voz con la sala de audiencias, y en consideración a ese inconveniente el juez ordenó remitir al centro penitenciario donde estaba recluso aquel, copia del fallo para su conocimiento, y cerró la diligencia.

5. Enviado el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, el aludido juez colegiado, declaró desierto el recurso de apelación sustentado por MMCG, con base en que en la audiencia de lectura del fallo de primer grado aquél no se manifestó y su defensor expresamente indicó no interponer recursos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEBIDO PROCESO - Unidad defensiva: abogado y procesado pueden actuar en conjunto o separadamente / **DEBIDO PROCESO** - Unidad defensiva: autonomía del imputado para interponer recursos / **NULIDAD** - Principio de unidad de defensa / **NULIDAD**- Derecho de defensa: se vulnera, cuando por fallas tecnológicas en el desarrollo de las audiencias, el imputado no conoce la decisión de fondo / **SENTENCIA** - Principio de publicidad / **DOBLE INSTANCIA** - Alcance: constituye una garantía del debido proceso / **DERECHO SUSTANCIAL** - Prevalencia: defecto procedimental por exceso ritual manifiesto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Imputado: atribuciones / **CASACIÓN** - Garantiza el derecho de impugnación de sentencias condenatorias / **CASACIÓN** - Procedencia: irregularidades sustanciales

«Una vez revisado el fundamento de la queja, en contraste con el devenir procesal y lo resuelto en la sentencia objeto de cuestionamiento, la Sala observa, de manera contraria a lo pregonado por el Delegado de la Fiscalía ante esta sede, que la irregularidad denunciada es manifiesta, y acarreó lesión a las garantías fundamentales del procesado, en concreto, a su derecho a controvertir (Constitución Política, artículos 29 y 31) las decisiones que le son adversas.

[...]

En el asunto revisado el recurso de casación no es, en estricto rigor, contra la decisión de declarar desierta la apelación, plasmada en la sentencia

de segunda instancia del pasado 9 de agosto, sino contra el supuesto fáctico en el que se apoya esa decisión, con el que fue cercenado el derecho fundamente del debido proceso en relación con el acusado CG; irregularidad que, pese a ser materialmente corregida, con acierto, por el juez de conocimiento, de nuevo fue actualizada con la sentencia de segunda instancia, al declarar desierta la alzada con base en el equivocado entendimiento de lo ocurrido en la actuación. [...]

De cara a esa realidad, es palmario que el derecho de defensa, como arista autónoma e integral del debido proceso, en su expresión material máxima, esto es, el ejercicio inalienable del derecho a impugnar las decisiones desfavorables, en especial la sentencia condenatoria, fue vulnerado, pues no se garantizó en este asunto en la diligencia del 26 de abril de 2023, dado que el juez de primer nivel, pese a la objetiva evidencia de la no realización cabal de los fines de publicidad del fallo de primer grado, sin constatar que el procesado conoció en su totalidad la decisión, así como la actuación de su asistencia técnica frente a la misma, para, merced a ello, disponer de sus prerrogativas como a bien tuviera, cerró el acto, sin ningún miramiento.

[...]

Ahora bien, impera destacar que en la actuación no hay constancia acerca de cuándo o en qué momento, de manera efectiva, fue remitida al centro carcelario donde está recluso CG, la copia del fallo anunciada en la audiencia del 26 de abril de 2023. Luego del acta que, de manera parca, recoge el desarrollo de tal diligencia, aparecen: (i) las constancias de “TRASLADO A LOS RECURRENTE” —del 27 de abril al 4 de mayo; inhábiles 29 y 30 de abril y 1° de mayo— y de su remisión, vía correo electrónico —con un link de acceso al expediente— a las partes e intervinientes, entre ellas, la dirección o e-mail del penal en el que está privado de la libertad el citado procesado; (ii) el memorial de renuncia del defensor de este, allegado, el 2 de mayo siguiente; (iii) en su orden, los memoriales de sustentación de la apelación por parte de la asistencia técnica de la acusada MRR, y el que, en su propio nombre, remitió desde el centro penitenciario CG, ambos con constancia de recibido del 4 de mayo de 2023; y (iv) el memorial con el que el últimamente citado confirió poder al abogado que hoy funge como demandante, adosado el 18 de mayo.

Frente a ese devenir, es ostensible que el enjuiciado CG, para efecto de ejercer su derecho de contradicción, ninguna oportunidad tuvo, distinta a la de aprovechar el traslado concedido a la otra procesada, cuyo defensor impugnó en tiempo; de ahí que encuentre la Sala que el juez de primer grado, tácitamente, reparó o corrigió el agravio a las garantías fundamentales del primero de los aludidos, cuando, a través de la secretaria, entendió, por lo ocurrido en la diligencia del 26 de abril de 2023, que el procesado quiso apelar oportunamente el fallo y por eso, en el respectivo oficio remisorio resaltó: “el señor MMC sustentó el recurso a nombre propio, **el cual se le da trámite** en virtud a que el día de la lectura de sentencia se ordenó correr traslado de la copia de la sentencia, debido a la falta de audio con la penitenciaría” (negritas ajenas al texto).

El señalado proceder se advierte congruente con las normas rectoras del código de procedimiento penal, de acuerdo con las cuales, tanto al juez de control de garantías como al de conocimiento, les asiste la obligación de “corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”, así como el deber de ceñir el ejercicio de su potestad a “criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

Destaca la Sala que es equivocado sostener, frente al recapitulado devenir de la presente actuación, como lo pregonó el Delegado de la Fiscalía ante la Corte —y al parecer, así también lo entendió el Tribunal—, que como el defensor de CG, en la audiencia del 26 de abril de 2023, expresó que no interponía recursos, entonces aquél ya estaba obligado a plegarse a la voluntad de su mandatario, con sujeción a la previsión contenida en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, según la cual “...de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado, prevalecen las de aquella”, pues una tal intelección de la norma desconoce la doctrina decantada por esta Sala acerca de la “unidad de defensa” y sus efectos, traída a colación en un fallo de tutela, cuyos supuestos fácticos, son, en mucho, también semejantes a los aquí debatidos [...]

Recapitulando, la decisión de abstenerse de resolver el Tribunal la controversia propuesta por la parte con interés, está afianzada en una

aprehensión, incompleta o imprecisa del devenir procesal; porque, si bien es cierto, en la oportunidad legal el profesional del derecho que representaba a CG manifestó no interponer recurso contra el fallo de primer nivel, igualmente es verdad, que aun cuando el procesado estuvo “presente” por conexión virtual, minutos antes de que el juez terminara de leer el fallo, quedó sin recepción de audio y retorno de voz, por lo que no se enteró de la decisión de su defensor de confianza de no interponer apelación, ni recibió los requerimientos del fallador en el sentido de correrle traslado para ejercer su derecho material de contradicción de la sentencia, que por primera vez lo condenó por la hipótesis punible atribuida.

Lo anterior se traduce en que el procesado no pudo ejercer por sí mismo la prerrogativa superior de contradicción de la primera sentencia condenatoria, debido a los problemas técnicos de conectividad evidenciados; y tan consciente de ello fue el juez de primer grado que, en la misma diligencia, ordenó remitir copia del fallo al penal donde se encontraba recluso el procesado, para su conocimiento, y como quiera que en el término de traslado para sustentar la apelación interpuesta por la defensa de la coprocesada MRR, aquel allegó el escrito en el que expresó su inconformidad con la sentencia, al remitirse el expediente al Tribunal, corrigió la irregularidad destacada.

Empero, el Tribunal de Yopal privilegiando el simple hecho de la presencia virtual del procesado en la audiencia de lectura del fallo, sumado a la manifestación de su defensor de entonces, en el sentido de no interponer recursos, concluyó, equivocadamente, que el sujeto pasivo de la acción penal “extemporáneamente” había ejercido su derecho de contradicción, rigorismo formal, con prescindencia de la realidad procesal, con el que el juez plural olvidó que “...si bien las normas procesales han sido instituidas para garantizar el derecho al debido proceso, no pueden convertirse en un límite infranqueable para la consecución del derecho subjetivo en discusión. Por expresa disposición constitucional y legal, el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal es una norma rectora de la ley procesal, y de obligatoria observancia para las autoridades judiciales. De manera que, cuando un juez adopta una decisión que desconoce el citado principio, viola el derecho fundamental al debido proceso de la parte”.

En otras palabras, el Tribunal “...convirtió las formas en obstáculo y no en instrumento para la satisfacción de derechos sustantivos, y con ello incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto que lesionó las garantías fundamentales” de la parte aquí demandante».

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD - Orden legítima de autoridad competente / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida, fuerza pública / **FUERZA PÚBLICA** - Obediencia debida: ausencia de responsabilidad

La Sala de Casación Penal resolvió la impugnación especial presentada por el defensor del PT. AAAA contra la primera condena proferida por el Tribunal Superior Militar y Policial, revocatoria de la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Risaralda.

La Sala revocó la sentencia condenatoria proferida en contra del PT. AAAA, para en su lugar absolverlo de los cargos por homicidio culposo, por antijuridicidad de la conducta

cometida, en el entendido de que actuó conforme a la causal de ausencia de responsabilidad, justificante, consagrada en el artículo 32.4 del Código Penal, esto es, “*en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*”.

Lo anterior por cuanto, dadas todas las circunstancias concurrentes, la orden de continuar con el servicio de conducción que le dio el comandante del Distrito de Policía de Riosucio, Caldas, era legítima y, en ese orden de ideas, desobedecerla habría sido factor de grave desatención de la misión policial enfocada en mantener la pacífica convivencia, que enfrentaba evidentes e inminentes riesgos.

SP3195-2023(59803) de 29/11/2023

**Magistrado Ponente:
Jorge Hernán Díaz Soto**

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 14 de octubre de 2013, aproximadamente a las 2:27 p.m., en la vía Cauya – La Pintada, zona rural del municipio de Supia (Caldas), se presentó un accidente de tránsito en el que perdió la vida el señor AJC. La víctima fue atropellada por una camioneta de la Policía conducida por el procesado, patrullero AAAA, quien perdió el control del vehículo por causa atribuida al cansancio, debido a lo cual se produjo su volcamiento con el resultado fatal que ya se mencionó.

2. En el momento del accidente el patrullero AAAA se encontraba en servicio transportando a otros uniformados, en cumplimiento de sus funciones como conductor del comandante del Distrito de Riosucio.

3. El procesado inició su turno como conductor el día 12 de octubre en horas de la mañana de manera continua hasta el día 13 de octubre a las 6:00 a.m., momento en el que se le concedió un descanso y por orden de su superior retomó su actividad a las 2:00 p.m. del mismo día, turno que se prolongó sin interrupción hasta el 14 de octubre, cuando ocurrió el accidente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ANTI JURIDICIDAD - Concepto / **ANTI JURIDICIDAD** - Formal y material / **CONDUCTA PUNIBLE** - Antijuridicidad: no toda conducta que se adecúa a un tipo penal es antijurídica / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: requisitos / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se abre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se abre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se abre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida, fuerza pública / **FUERZA PÚBLICA** - Obediencia debida: ausencia de responsabilidad

«La jurisprudencia de la Sala ha dicho que “de acuerdo con la categoría dogmática de la antijuridicidad, la conducta no solo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material), de manera que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real por lo menos, de un peligro efectivo para el interés, objeto de protección jurídica” . Este lineamiento exige al juez identificar si el acto del agente estuvo precedido de una causal de justificación que implique la exoneración de responsabilidad penal.

[...]

Contrario a lo valorado por el juez colegiado, para la Corte la acción del PT. AAA se enmarcó en el ámbito del estricto cumplimiento de una orden legítima emitida por su superior, razón por la cual no es posible atribuirle responsabilidad penal. Recuérdese que el numeral 4° del artículo 32 del Código Penal contempla como causal eximente de responsabilidad, que el sujeto activo de la conducta actúe en estricto cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, siempre y cuando los delitos por los que se procede no sean de genocidio, tortura, ni desaparición forzada.

Para que la obediencia debida pueda ser causal de justificación, la Corte ha determinado la necesidad de que la orden se imparta “dentro de la competencia del superior y referirse a un acto del servicio. (...). Que la orden se halle revestida de las formas exigidas por la ley. (...). Que el contenido de la orden no sea manifiestamente delictivo”.

Así mismo ha dicho la Sala que “el artículo 91 de la Constitución Nacional, en su tenor literal permite concluir que los militares están exentos de responsabilidad en la ejecución de conductas antijurídicas, cuando se llevan a cabo en cumplimiento de órdenes jerárquicamente impartidas”. Además, agrega que “debe tenerse en cuenta que la fuerza pública no es deliberante (art. 219 C.N.), y en tal sentido los militares están obligados a cumplir las órdenes sin cuestionarlas, porque de lo contrario incurren en el delito de desobediencia militar”.

FUERZA PÚBLICA - Línea de mando / **POLICÍA NACIONAL** - Régimen disciplinario y de obediencia / **POLICÍA NACIONAL** - Cometido institucional: alcance

«En el ámbito personal determinado y acreditado en las presentes diligencias, las condiciones del PT. AAAA se revelan particulares dada la calidad de miembro activo de la Policía Nacional en que ejecutó la conducta. Se trata, por tanto, de un individuo sometido a un régimen disciplinario y de obediencia necesario para el adecuado funcionamiento de la institución policial, así como a estrictos deberes funcionales garantizadores del cumplimiento de los fines del Estado, que se alcanzan preventivamente a través del ejercicio del mando, por medio del cual los superiores con autoridad emiten órdenes que el subalterno está llamado a obedecer, salvo que sean ilegítimas.

En el marco de las causales disciplinarias, el PT. AA también estaba llamado a cumplir con ciertos comportamientos que pretenden asegurar el servicio policial. Así, el estatuto de los miembros de la Policía Nacional consagra como faltas gravísimas, entre otras, realizar, promover o permitir actividades que paralicen total o parcialmente la prestación del servicio institucional ; omitir prestar el apoyo debido en alteraciones graves del orden público en cuyo restablecimiento deba participar de acuerdo con órdenes, planes o convocatorias ; como falta grave, el incumplimiento injustificado de órdenes o instrucciones relativas al servicio y, como infracción leve, el asumir actitudes displicentes ante una orden o instrucción.

El cometido institucional comporta además, que los funcionarios policiales, por un lado, estén sujetos a una carga horaria laboral alta, a periodos de trabajo extremadamente continuos, con pocos descansos y, por otro lado, a una preparación física especial que les permita soportar las condiciones de trabajo, viabilizar el cumplimiento de las necesidades del servicio y la disminución del estrés.

Así las cosas, el PT. AA contaba con disciplina institucional para alcanzar la función constitucional asignada a la Policía Nacional de proteger el orden público a través del cumplimiento de las órdenes de sus superiores y con el entrenamiento para afrontar fatigosas jornadas laborales en procura del cumplimiento del deber.

Ahora, por lo que concierne a las concretas condiciones de desarrollo de la conducta, la Corte encuentra que está evidenciado que el MY. OAPB, Comandante del Distrito de [...], superior del procesado, para quien éste desempeñaba la función de conductor de la camioneta [...] de placas [...] y siglas internas [...], señaló que durante el fin de semana del 13 de octubre de 2013, en el Distrito en el cual ejercía su jurisdicción, hubo una anormal carga laboral, debido al paro indígena que congregó a cinco mil personas en ese territorio, además de la celebración de fiestas patronales en cuatro municipios de su jurisdicción y un accidente con tractomula que involucró a personal de la institución.

[...] Frente a las concretas condiciones que enseña el acervo probatorio la Corte advierte, sin dificultad, que por necesidades del servicio el PT. AA estaba compelido a cumplir la legítima orden de continuar conduciendo, para que su superior y sus compañeros pudieran realizar la misión institucional en orden a garantizar el orden público en el territorio donde ejercían su jurisdicción.

Así lo afirmó en su indagatoria el procesado al sostener que «no era normal» la asignación de turnos por más de 24 horas ininterrumpidas “pero ese fin de semana se debió laborar así por la escases (sic) de personal y porque mi mayor tenía que estar pendiente de todas las fiestas que se desarrollaban en todos los municipios y sumado a eso el accidente de los otros compañeros que venían en la tractomula presentado en la Felisa, además del inicio del paro indígena”. Esta confluencia de circunstancias, algunas inusuales, a las que se suma al hecho de ser “el único conductor asignado para el Jefe de Distrito que era mi MY, P” , lo obligaron a cumplir con las órdenes impartidas por su superior, a pesar de su agotado estado físico, que lo llevó a infringir el reglamento de tránsito que trata sobre el comportamiento del conductor en el tránsito y consagra el deber de comportamiento, de obediencia y de conocimiento de pautas y reglas destinadas a no obstaculizar, perjudicar o poner en riesgo a los demás.

La valoración de la prueba testimonial y documental acredita cuál fue la concreta situación presentada durante el fin de semana anterior a los hechos en el Distrito policial donde prestaba servicio, que llevó al PT. AAAA a cumplir

con la orden de prestar los servicios solicitados por su superior jerárquico.»

CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad: sin tal categoría dogmática, el comportamiento no constituye delito / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Se abre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades: en virtud del deber de obediencia debida / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: requisitos / **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: demostración

«[...] las particulares circunstancias que se presentaron en el territorio donde prestaba servicio el procesado, lo obligaron a cumplir la orden dada por su superior de perseverar en su labor de conducción pese al cansancio que lo afectaba, pues era el único conductor disponible para transportar a quien tenía el deber de garantizar el orden público en los distintos lugares donde se requería ineludiblemente su presencia, debido a la confluencia de situaciones con potencialidad de alterar la pacífica convivencia.

La jurisprudencia tiene decantado que “[L]a exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales.”

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que “el principio de obediencia debida sólo cobija las órdenes militares legítimas, esto es, aquéllas que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a la fuerza pública y que se cumplen a través de procedimientos y medios ajustados al ordenamiento jurídico”. Agrega que una orden legítima no puede dirigirse a “la comisión de actos delictivos, inmorales, antiéticos o deliberadamente opuestos a principios de justicia y moralidad universalmente reconocidos”.

Todas las anteriores condiciones se cumplen en este caso. En primer lugar, existía una relación de subordinación entre el MY. OAPB, Comandante del Distrito de [...], y el PT. AAAA, quien estaba asignado como conductor del primero. En segundo lugar, no hay duda respecto de que el MY. P ordenó a su inferior aquí procesado que continuara su función de conductor sin que pudiera tomar un descanso suficiente, debido a las mismas circunstancias que emergían en el servicio. En tercer lugar, el MY. P tenía la competencia de ordenarle al PT. A que hiciera los recorridos que le solicitó, no solo porque estaba asignado como conductor -el único disponible en esos días-, sino que, además, porque era un superior de rango policial.

Por último, la orden no puede calificarse de ilegítima, pues no iba dirigida a cometer un acto antijurídico sino, por el contrario, buscaba garantizar los fines constitucionales asignados a la fuerza pública y, en concreto, a la Policía Nacional como lo es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades públicas, y la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia, como señala el artículo 218 inciso 2° de la Constitución, ante el acaecimiento de circunstancias muy claras que ponían en riesgo esas condiciones.

Frente a un escenario semejante, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la Corte considera que sí fue legítima la orden de continuar con el servicio de conducción que dio el MY. P al PT. A dadas las concretas condiciones que era preciso enfrentar. Obedeció tal orden a necesidades propias del servicio que eran inaplazables y debían ser atendidas de inmediato. Es cierto que el cumplimiento de la orden implicó desarrollar la actividad riesgosa de conducir vehículo automotor bajo fatiga, lo cual transgredía un reglamento de tránsito.

Pero ni haberse emitido le daba cariz de ilegitimidad a la orden ni desobedecerla era imperativo para el procesado, dadas todas las circunstancias concurrentes, frente a las cuales no estaban ofrecidas opciones diferentes para superarlas, como ya quedó explicado: realización de ferias y fiestas en varias localidades situadas en la región cobijada por el Distrito de Policía, atención de accidentes de tránsito, desarrollo de una minga indígena, carencia de personal de relevo en la específica tarea de conductor del vehículo policial.

Examinado el desarrollo de los sucesos que se concatenaron en aquel fin de semana de octubre de 2013 conforme a una mirada ex ante, le permite a la Corte concluir que, al contrario, una desobediencia de la orden consistente en proseguir con el servicio de conducir el vehículo asignado al comandante del Distrito de Policía, My. P, hubiera entorpecido u obstaculizado el cumplimiento adecuado de la función policial para atender todos los frentes que en aquel entonces se suscitaron.

Expresado de otra manera, rehuir el cumplimiento del deber, es decir, el de la orden proferida por el comandante del Distrito de Policía de [...], [...], habría sido factor de grave desatención de la misión policial enfocada en mantener la pacífica convivencia, que enfrentaba evidentes e inminentes riesgos. En tales condiciones, para el PT. A no había lugar a

estimar si se encontraba en posición de acatar la mentada regla de tránsito. Al contrario, la dimensión de las específicas condiciones que impelían al cumplimiento de la función orientada por la orden de su superior marcó la justificación.

En suma, las puntuales circunstancias que rodearon la realización de la conducta evidencian que el PT. AAAA obró con arreglo a la circunstancia justificativa consagrada en el numeral 4° del artículo 32 del Código Penal, esto es, “en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”, puesto que se dieron los elementos trazados desde tiempo atrás por la jurisprudencia de la Corte para reconocerla, pues (i) en efecto, fue emitida la orden; (ii) entre quien la dio y quien la recibió existía relación funcional de subordinación; (iii) la orden se extendió dentro de los límites funcionales y ordinarios de competencia del superior respecto del subordinado; (iv) medió concurrencia del correlativo deber del destinatario de cumplirla; (v) fue dada conforme a los requisitos reglamentarios; (vi) no comportó la realización de actos antijurídicos ni mucho menos para ejecutar delitos de genocidio, desaparición forzada o tortura, supuestos en los que no es posible reconocer la obediencia debida (inciso 2 del citado numeral 4°)».

CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de

Conciliación de la entidad pública /

TRANSACCIÓN - Por entidades públicas: debe ser aprobada previamente por el Comité de Conciliación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** -

Puede presentarse como delito medio en el peculado por apropiación / **PECULADO POR**

APROPIACIÓN - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión

manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** -

Sustitutiva de la prisión: cuando el imputado o acusado sea mayor de 65 años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió los recursos de impugnación especial

presentados y sustentados por los abogados defensores de los procesados, contra la sentencia de casación CSJ SP089-2023, por la cual se revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y, en su lugar, se condenó a GVVQ, por los delitos de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con peculado por apropiación a favor de terceros, y a ÁIAC, como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

La Corte confirmó la Sentencia impugnada, al discurrir que, con la suscripción del acta de conciliación del 23 de febrero de 2005 que resultó manifiestamente contraria a la ley, ya que comprometió al ente territorial a la realización de unos pagos, que al final resultaron en una apropiación de recursos públicos, los procesados cometieron, de manera dolosa, los delitos por los que se les acusó, según los siguientes motivos:

(a) El exalcalde procesado no convocó el Comité de conciliación del municipio, cuando estaba en

la obligación jurídica de hacerlo por estar suscribiendo un acuerdo económico (conciliación o transacción), a un mecanismo alternativo de terminación de los procesos judiciales;

(b) No atendió que con el gasto público se afectaba el patrimonio municipal, por el pago de dineros en procesos laborales que no habían terminado, pues de los 7 procesos existentes, 4 de ellos no contaban con sentencia de condena ejecutoriada; es decir, con posibilidad de continuar actuación judicial, incluso hasta agotar el recurso de casación;

(c) Al momento de proceder a la suscripción del acuerdo, los procesados sabían que no contaban con los poderes especiales otorgados por los pensionados demandantes; ni tampoco analizaron la situación jurídica de cada demandante para: i) determinar si siquiera cumplían con los requisitos para acceder al ajuste y ii) elaborar las correspondientes liquidaciones para justificar el monto que se acordó a pagar, y no con posterioridad pretender justificar el cumplimiento de estas exigencias;

(d) No es de recibo que el exalcalde pretenda justificar que su obrar contó con la asesoría previa que le brindó el equipo de trabajo del municipio, pues en gracia de discusión, su deber funcional era constatar si el procedimiento adoptado correspondía a la normativa que regula el trámite;

(e) La cuantía que se estaba comprometiendo con el acuerdo exigía cumplir a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley, y no desconocer un trámite que hubiera impedido continuar con la suscripción del pacto y proceder a la toma de otras medidas a favor del municipio, como agotar el trámite judicial de los procesos laborales, incluido el recurso de casación;

Finalmente, la Corte descartó que el procesado GVQ, hubiera incurrido en un error de tipo invencible y, afirmó que, no se cumplen a cabalidad los presupuestos -ser mayor de 65 años y naturaleza y modalidad del delito- para determinar que dicho procesado cumpla la pena en su lugar de residencia y no en establecimiento penitenciario.

SP084-2024(63725) de 31/01/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 23 de febrero de 2005, GVQ, entonces alcalde (e) de San José de Cúcuta, celebró acta de conciliación sobre el pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales de Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, con el abogado ÁIAC, quien fungía como apoderado de 130 pensionados.

2. Por virtud del acuerdo contenido en el acta de conciliación, el municipio se obligó, para con el abogado, a pagar la suma única de \$7.985'856.757,84, en 4 cuotas.

3. Entre marzo de 2005 y octubre de 2007, San José de Cúcuta le entregó a ÁIAC la suma de \$5.286'464.189, mediante la realización de 7 pagos.

4. Como consecuencia del incumplimiento parcial de ese pacto, el abogado ÁIAC demandó a la entidad territorial e inició proceso ejecutivo laboral.

5. El 11 de noviembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta declaró la nulidad de todo lo actuado y negó el mandamiento de pago por ilicitud del objeto del acuerdo señalado.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY 890 DE 2004 - Aumento de penas art. 14: inaplicación, en proceso adelantado por la Ley 600 de 2000, evolución jurisprudencial / **LEY 890 DE 2004** - Aplicable a procesos de Ley 600 de 2000: requisitos

«Conforme la Sala lo analizó en la sentencia de casación impugnada, si bien la línea jurisprudencial indicaba que el incremento del quantum punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 no aplicaba en el marco de la Ley 600 de 2000, la Corte varió la jurisprudencia en la providencia CSJ SP379-2018, 21 feb, rad. 50472, al reconocer la aplicación del incremento a los procesos adelantados bajo esta ley de procedimiento penal. [...]

En esa oportunidad, si bien la Corte no tuvo en cuenta el cambio jurisprudencial con relación al caso que estaba resolviendo, lo fue porque el acusado ya había aceptado los cargos por sentencia anticipada, momento en el que se

encontraba vigente el criterio jurisprudencial anterior que propendía por la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a casos tramitados por Ley 600 de 2000. Es decir, la nueva postura jurisprudencial, que indica que la Ley 890 de 2004 aplica en el marco del proceso reglado por la Ley 600, cuando el acusado no ha aceptado cargos. Criterio reiterado en la providencia (CSJ SP1022-2021, 24 mar., rad. 52835, CSJ AP3050-2020, 11 abr., rad. 56732).

En esta última providencia, la Corte consideró que en los hechos ocurridos después del 1° de enero de 2005, bajo el procedimiento reglado en la Ley 600 de 2000, resulta aplicable la Ley 890 de 2004.

De acuerdo con lo anterior, en la sentencia de casación que se ocupó del caso en estudio, la Corte encontró que los delitos imputados a los procesados GVQ y AIAC se materializaron con posterioridad a enero de 2005 y la audiencia pública de juzgamiento culminó después del cambio jurisprudencial (febrero 2018); oportunidades en las que resulta aplicable el aumento de penas de la Ley 890 de 2004, y porque se ha admitido que a casos de Ley 600 de 2000 se pueden aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906 de 2004; sin consideración a la fecha de entrada en vigencia de esta última ley en cada distrito judicial, o “a la dinámica propia del sistema acusatorio” (CSJ SP, 18 ene. 2012., rad. 32764; CSJ SP, 23 de mayo de 2012; SP 5 de septiembre de 2012, rad. 36947; entre otras).

[...]

Por esta vía, en la sentencia de casación -ahora objeto de estudio por el recurso de impugnación especial- la Sala precisó la viabilidad de dar aplicación al incremento generalizado de penas, previsto en la Ley 890 de 2004, a procesos regidos por la Ley 600 de 2000, según los términos trazados en la jurisprudencia desde 2018, siempre que en el asunto se verifique que:

La conducta haya sido cometida con posterioridad a enero 1° de 2005.

La sentencia haya sido adoptada con posterioridad a febrero 21 de 2018, “salvo que antes de la fecha de la aludida providencia -21 de febrero de 2018-, el procesado hubiese aceptado los cargos formulados”.

La imputación jurídica contenida en la resolución de acusación haya hecho expresa mención del quantum punitivo debidamente incrementado.

Lo anterior, se reitera, se cumple a cabalidad, porque desde la resolución de acusación se indicó que los hechos tuvieron ocurrencia el 23 de febrero de 2005 y que la pena a imponer por el delito de prevaricato por acción oscilaba entre 48 a 144 meses, y por el peculado por apropiación a favor de terceros de 96 a 270 meses de prisión, esto, con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y porque en las diligencias de indagatorio se informó a los procesados el derecho a someterse a los mecanismo de terminación anticipada previstos en la Ley 600 de 2000, sin que ninguno de los procesados recurrieran a estos. Es decir, en el caso concreto se cumplen los tres presupuestos indicados con anterioridad.

Por lo anterior, no es posible aplicar por favorabilidad la jurisprudencia de la Sala Penal, pues no puede dejarse de lado el aumento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004, por no darse ningunos de los factores determinantes para su inaplicación, según los presupuestos anteriormente indicados.

[...]

Este análisis de la defensa no procede, por concluirse que la Ley 890 de 2004 sí aplica en la resolución del caso, entonces la pena sobre la cual se calcula la prescripción de la acción penal no son 96 meses de prisión sino 144 meses, pena que al ser aumentada por la calidad de servidor público del procesado VQ, asciende a 192 meses de prisión; es decir, desde el momento de la ejecutoria de resolución de acusación se contaría la mitad, 96 meses, lo que significa que cuando la Corte dictó la sentencia de casación con la que se interrumpe el término de prescripción, aun el delito de prevaricato por acción sigue incólume frente a la prescripción de la acción penal».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Entre la indagatoria y la resolución de acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia / **NULIDAD** - Congruencia: acusación y sentencia

«No es cierto que los procesados no tuvieron oportunidad de defensa en la diligencia de indagatoria, respecto al trámite que debió surtirse en el proceso de conciliación o transacción, [...]

El indagado VQ limitó las respuestas a los motivos que le llevaron a suscribir el acuerdo y se abstuvo de explicar los fundamentos jurídicos que tuvo en cuenta en la suscripción del acta de conciliación o transacción; es decir, si bien el acusado no refirió específicamente lo relacionado con la convocatoria del Comité de conciliación, no significa que esta situación quedara por fuera de la indagatoria, pues lo que ocurre es que, en sus respuestas solo le interesó explicar las razones generales que le llevaron a suscribir el acuerdo, dejando de lado explicar por qué no convocó el Comité; a saber, contrario a la crítica de la defensa, respecto a que no había tenido oportunidad de referirse a este punto.

De modo que, desde la diligencia indagatoria y en el curso del proceso penal adelantado conforme a la Ley 600 de 2000, en el cual la prueba tiene el carácter de permanente, el procesado y la defensa gozaron de las oportunidades procesales para desde su estrategia referirse a esta situación de cargo; de manera que nada importó incumplir las exigencias previstas en la ley, no siendo una ligereza u olvido, sino un propósito, lograr un acuerdo para efectuar el desembolso de los recursos públicos, para cubrir obligaciones que aún estaban en discusión ante las autoridades judiciales.

En segundo lugar, en lo que concierne al procesado AIAC, sobre la falencia que se cometería en la resolución de acusación, tal como también se consideró con relación al procesado VQ -pese a que el abogado A no sería responsable por el delito de prevaricato por acción- en la diligencia de indagatoria también tuvo oportunidad de referirse al trámite de suscripción del acta de conciliación.

[...]

Por tanto, no asiste razón, para que, como consecuencia de una nulidad, que no se advierte, se proceda a la revocatoria de la sentencia del 15 de marzo de 2023 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por inexistencia de falta de congruencia entre la resolución de acusación y el fallo condenatorio.

Por lo anterior, las presuntas falencias que los recurrentes anotan no corresponden exclusivamente a la Fiscalía en los distintos actos procesales, sino también a los procesados y sus defensas en el deber que tenían de dar las explicaciones sobre la manera como procedieron para lograr el desembolso de los recursos del

Estado; en este escenario la suscripción de un acto contrario a la ley, el cual tenía un propósito criminal, abrir el camino para apoderarse de los recursos del municipio de Cúcuta; sin que ahora la defensa, de forma insólita quiera hacer ver la ausencia de congruencia a partir de factores no atendidos por el procesado al momento de expedir el acto que facilitó la apropiación indebida de los recursos del Estado.»

CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, definición / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, integración / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funcionamiento / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación, funciones / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción laboral / **CONCILIACIÓN** - Diferente a la transacción / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción / **TRANSACCIÓN** - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Ante la jurisdicción laboral / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas: debe ser aprobada previamente por el Comité de Conciliación

«El Comité de conciliación: se define como una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, a la que le corresponde decidir en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos.

En las ciudades capitales de departamento se integra: por el alcalde o su delegado; el ordenador del gasto, o quien haga sus veces; el jefe de la oficina jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad; dos funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica del ente.

Entre sus funciones: fija las directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, determina la procedencia o improcedencia de la conciliación y

señala la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Además, las decisiones que adopte el Comité de conciliación son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad.

[...]

Por tanto, los argumentos de la defensa en cuenta a que el acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 no fue una conciliación sino una transacción, no tiene ninguna relevancia jurídica en defensa de los procesados, pues ambas formas de terminación anticipada de los procesos judiciales requieren de la convocatoria del Comité de conciliación, el cual en cumplimiento de sus facultades debió estudiar los pormenores que le permitiera al exalcalde procesado GVQ determinar los efectos jurídicos y financieros de dicho acuerdo, como también al procesado AIAC al hacer caso omiso de esa condición de legalidad, para aprovecharse económicamente de las resultas del ilegal pacto firmado.»

CONCILIACIÓN- Efectos: ante la jurisdicción administrativa, acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado previamente por el Comité de Conciliación de la entidad pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: análisis de la experiencia profesional y estudios

«Previo a la suscripción del acuerdo por acta de conciliación, los pormenores que integraban la negociación debieron someterse al escrutinio del Comité de conciliación; sin embargo, el exalcalde procesado GVQ concurrió con el abogado acusado AIAC en el desconocimiento de la ley, a sabiendas de las consecuencias de sus conductas, se apartó de su deber funcional de cumplir la normatividad que regula el Comité de conciliación, y por la voluntad individual y arbitraria suscribió el acta que comprometió el patrimonio del municipio de San José de Cúcuta.

No se advierte justificación razonable y suficiente sobre la conducta desplegada por el exalcalde procesado, pues pese a su condición de abogado egresado de la Universidad Libre de Bogotá, tener una experiencia de 23 años para el momento de los hechos, además de la adquirida en el sector asegurador -lo que indica que se trata de un servidor público con conocimientos jurídicos que le permitía saber los pormenores en la configuración del acto que compromete los intereses del municipio- decidió en concurrencia

con el abogado AC firmar un acuerdo económico que exponía la suma de \$7.985.856.757,84 millones de pesos del ente territorial, con el propósito de favorecer al segundo y a algunos pensionados que recibieron el ajuste ilegal de la pensión.

El procesado V a sabiendas de la ilegalidad de su comportamiento y sin validar -respetar- el cumplimiento de los requisitos normativos propios en ese tipo de actos, acordó y ordenó el desembolso de dineros para cubrir ese irregular compromiso; por eso no es justificable que en la indagatoria sostenga que otros funcionarios fueron los encargados de preparar la documentación, pues en el ámbito de la observancia de sus funciones, su deber funcional era velar por no poner en riesgo el patrimonio público territorial, al producir un acta manifiestamente ilegal, cuando se sabía que la finalidad del Comité de conciliación y defensa judicial es el estudio de los asuntos con fines de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

El interviniente en la conducta delictiva de prevaricato por acción, el abogado AC, según la indagatoria que rindió, desde mediados de 2004 conocía las dificultades financieras del municipio de San José de Cúcuta; por esa razón, adelantó acercamientos con la administración municipal - con el exalcalde encargado VQ a finales de 2004-, para luego suscribir el acta de conciliación, en la que se dice se tuvo en cuenta la situación por la que pasaba el ente territorial y la existencia de 98 liquidaciones de cada uno de los pensionados demandantes del ajuste acordado. Sin que sea de recibo que AC no actuó a sabiendas de la ilegalidad del acto, porque él concurrió a la negociación cuando ya estaban embargadas las cuentas bancarias del municipio. Es decir, al suscribir el acta de conciliación ya sabía que era necesario cumplir con los presupuestos contemplados en la ley, entre estos la convocatoria del Comité de conciliación.

[...]

En este sentido, si se hubiera convocado el Comité de conciliación se habría permitido que se pronunciara sobre la legalidad de someter el asunto a un mecanismo de terminación anticipada de los procesos judiciales - conciliación o transacción-, con mayor razón por la falencia derivadas de la comprobación de los poderes especiales para trazar otorgados por los demandantes, la verificación de la existencia de

cada una de las liquidaciones del ajuste a favor de los pensionados, la necesidad y conveniencia de comprometer en el sistema financiero los intereses patrimonios de la ciudad e incluso la venta de activos del ente territorial, entre otros aspectos que se podían analizar en ese comité.»

RESPONSABILIDAD FISCAL - Es independiente de la responsabilidad penal / **PROCESO PENAL** - Finalidad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Puede presentarse como delito medio en el peculado por apropiación

«Frente a la cuestión de no haberse tenido en cuenta el fallo de responsabilidad fiscal, proferido el 8 de junio de 2010 (expediente 2004-006), por la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Cúcuta, en que se concluye sobre la inexistencia de daño para el patrimonio público, porque la conducta de GVQ se ajustaba a las decisiones de los juzgados laborales que conocieron los procesos de reajuste previstos en la Ley 6ª de 1992 ; además, porque la parte civil no mostró interés en buscar una reparación , el recurrente incurre en varios desaciertos:

Desconoce que el patrimonio del Estado requiere de especial protección, siendo uno de los mecanismos el proceso penal, no solo por la reparación económica que pueda surgir, sino por el derecho de las víctimas -directas o indirectas, determinadas o indeterminadas- a la verdad, a la justicia y garantía de no repetición, por conductas corruptas que afectan a la sociedad, también entendida la estabilidad económica institucional;

Los juicios y decisiones a los que pueda llegarse en un proceso de responsabilidad fiscal, no envuelven la valoración que la Corte debe realizar sobre las pruebas que comprometen la responsabilidad penal de los procesados, pues se trata de procesos autónomos, independientes y con efectos diversos;

La falta de interés de la parte civil en busca de una reparación tampoco tiene incidencia en la resolución del proceso penal, porque no se está ante un delito que por sus hechos constituya una condición de procedibilidad -no es querellable sino oficioso- y porque la reparación de las víctimas tiene varios motivos y efectos.

Por tanto, si bien para efectos de la responsabilidad fiscal la decisión de la Contraloría Municipal de Cúcuta cobra

relevancia, no ocurre lo mismo en el marco de procedimiento penal, no solo por la independencia y autonomía de los resultados de cada uno de los procesos judiciales y administrativos, sino porque de su contenido no se advierte un aporte probatorio que demuestre la inexistencia material de un daño contra la administración municipal, debido a que el ente de control fija su determinación en el presupuesto de legalidad de las decisiones judiciales proferidas por los jueces laborales; pero es claro que, deja de tener en cuenta que por lo menos en cuatro (4) de los siete (7) procesos judiciales no se había proferido sentencia definitiva, además, por la falta de interés del Estado en perseguir un daño material ocasionado con la infracción fiscal.

A diferencia de los argumentos del defensor impugnante, en cuanto a la trascendencia de las pruebas que se habrían dejado de valorar, con las que probaría la legalidad del acuerdo suscrito entre su defendido GVQ -exalcalde de Cúcuta- y AIAC -abogado representante de los pensionados-, lo cual no sucedió, según se estudió con anterioridad, lo cierto es que en el evento de que no se hubieran valorado, tampoco ofrecen la trascendencia para demostrar la legalidad del acuerdo de conciliación o transacción surtido, y en consecuencia, que el ente territorial tuviera la obligación de desembolsar los dineros.

De tal forma, no es admisible la afirmación que hace el defensor de GVQ, en cuanto a que presupone que la única forma de demostrar el peculado por apropiación a favor de terceros es que el procesado AIAC se hubiera apropiado de los recursos, lo cual no habría demostrado la Fiscalía General de la Nación, descartando que con la prueba aportada al proceso se demuestra que la comisión del delito de prevaricato por acción se constituyó en el medio ideal para la comisión del delito de peculado por apropiación.

Lo anterior lleva a otra conclusión que, a diferencia de lo afirmado por el abogado recurrente, representante legal de VQ, se demostró, como lo argumentó la Sala Penal al decidir en sentencia de casación, que el delito de prevaricato por acción no se centró solo en el reconocimiento de los ajustes sino en la forma cómo se procedería con el pagó, tal como lo advierte la defensa al cuestionar el fundamento de la Corte.»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, suscrito con quien no tiene la capacidad para celebrarlo / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes / **PRUEBA** - Valoración probatoria / **INFORME TÉCNICO** - Valoración probatoria

«Sobre el primer cuestionamiento de la defensa, la no concurrencia de los pensionados demandantes a la suscripción del acta de conciliación y la inexistencia de poderes especiales: más allá del argumento de la Corte sobre la desatención al artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, o como lo sostiene el recurrente que la autoridad judicial era la llamada a verificar la legalidad de la transacción o acta de conciliación, o que dentro del proceso ejecutivo laboral 2005-254 aparecen las copias de las actas de terminación de procesos, expedidas por los juzgados laborales, lo grave son las contradicciones para establecer sin equívoco quienes son los 130 demandantes que serían beneficiarios del ajuste económico, lo cual tampoco se precisa con la relación de nombres elaborada por el municipio -que apareció posteriormente al acuerdo-, y aquellos que se enlistan como demandantes en los procesos laborales.

El defensor del procesado AC relaciona en el recurso de impugnación especial, el radicado de cada uno de los siete (7) procesos laborales, junto con el total de demandantes; sin embargo, las cifras mostradas no se corresponden con el número anunciado en el acta de conciliación. En contraste, en el acta de conciliación se anuncia un número total de 130 demandantes, sin discriminar quienes, cuyos poderes corresponderían a los que aparecen en los procesos laborales, pero en el recurso se muestra una cifra superior, 147 beneficiarios; es decir, 17 demandantes más.

Esta contradicción no es menor, por un lado, porque existe un número superior al 15% de los supuestos demandantes beneficiarios del ajuste pensional, con lo cual no se cumple ni siquiera con el objeto mínimo de la conciliación o la transacción, el cual es resolver efectivamente el conflicto judicial con la totalidad de los demandantes, lo que sería un perjuicio económico significativo para el municipio.

La anterior imprecisión era evidente desde un comienzo y fue derivada por la inexistencia de los poderes especiales de los demandantes que serían acogidos con el acuerdo, lo que tampoco es intrascendente, ya que antes de proceder, correspondía al municipio de Cúcuta tener precisión de las personas supuestamente beneficiadas. Por tanto, no es un equívoco que la Corte en la sentencia de casación indique que para la conciliación era necesario contarse con los poderes especiales, entre los requisitos para proceder a acordar.

Por otra parte, el acta de conciliación tampoco analiza la situación particular de cada demandante para determinar con la claridad, así sea de forma sumaria, si cumplía si quiera con los supuestos requisitos para acceder al ajuste pensional. Ni mucho menos cuenta con un cálculo actuarial de los ajustes (liquidaciones) que especifique con certeza y claridad los montos que se reconocen a cada pensionado para justificar la suscripción del acta de conciliación por \$7.985.856.757,84, garantizar el efectivo desembolso a los demandantes y resolver efectivamente el conflicto judicial.

Llama la atención que, solo a través del recurso de impugnación especial se quiera demostrar en forma general quienes son las personas que se beneficiarían con el acuerdo, con un listado que correspondería a los demandantes en los procesos laborales, pero sin la determinación concreta de como los recursos económicos fluyeron hacia ellos. Inconcreción que llevó a la existencia de futuros procesos que comprometerían el patrimonio de la entidad territorial, como ocurrió con el proceso ejecutivo laboral, radicado 2005-254, con el que se pretendía el giro de los dineros por incumplimiento de lo pactado con el municipio, pero que con el estudio que hizo la Sala Laboral del Tribunal Superior se decretó la nulidad de la actuación por demostrarse que el acta de conciliación del 23 de febrero de 2005 era ilegal.

De tal forma, la inexistencia de los poderes especiales para transar o conciliar con el municipio de San José de Cúcuta eran indispensables, por eso, una de las inconsistencias que indica que de haberse cumplido con los requisitos mínimos de la conciliación no se habría comprometido los recursos del Estado a favor de terceros; sin que baste entonces advertir que se cumplió con los presupuestos de ley vigentes para el momento de

los hechos, pues para negociar con el municipio era necesario saber a qué personas se beneficiaban, esto es conocer los efectos concretos del acto suscrito [...]

De otra parte, la legalidad de los ajustes pensionales alegados por la defensa de AC no se corresponde con la realidad, en la medida que, si bien el acta de conciliación tuvo sus efectos ante los juzgados laborales, lo cierto es que, al ser resuelto el recurso de apelación, interpuesto por el defensor de AC, terminó en el decreto de la nulidad del acto -acta de conciliación del 23 de febrero de 2005- por considerarla ilegal.

Por lo anterior, no puede concluirse, como lo hace la defensa, que los jueces laborales verificaron la legalidad de las transacciones, cuando en realidad el acta de conciliación que las contenía resultó ilegal; todo esto derivado de la conducta manifiestamente ilegal del exalcalde procesado VQ, cuando con la intervención de abogado acusado, AC, suscribieron el mencionado acto.

De interés, para el análisis que adelanta la Sala Penal en la resolución de los recursos de impugnación especial presentados por los abogados defensores de los procesados, resultan las conclusiones a las que llegó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta -decisión del 11 de noviembre de 2008 que fue confirmada en reposición el 10 de diciembre de 2008-, las cuales motivaron la compulsión de copias para investigar a los servidores públicos y abogados que habrían incurrido en conductas penales.

[...]

Sobre la elaboración y presentación de las liquidaciones por cada pensionado que reclamaba el reajuste y su plena identificación: contrario a lo expuesto por el recurrente, quien sostiene que sí se realizó la liquidación e identificación por cada beneficiario, según constaría en el cuaderno de anexos del proceso laboral 2005-254, las cuales, en su decir, fueron objeto de peritaje por el Cuerpo Técnico de Investigación, lo cierto es que esos argumentos no cuenta con la profundidad suficiente para darlos por aceptados.

En primer lugar, porque son variadas las irregularidades que se dieron durante el trámite del acta de conciliación -como las que hasta ahora se han analizado-, y porque los efectos patrimoniales llevaron a que el procesado AC recibiera millonarias sumas de dinero, e incluso, ante un incumplimiento de pago a cargo del

municipio de Cúcuta, iniciara el proceso ejecutivo 2005-254, el mismo, con el que se declaró la ilegalidad del acta de conciliación del 23 de febrero de 2005.

Para el efecto, no resulta suficiente el informe número 001578 del 7 septiembre de 2009, emitido por el CTI de la Fiscalía, el cual complementó el numerado 00897 del 26 de junio de 2009; con estos informes la defensa de AIAC pretende explicar que en todos los casos se contaba con la correspondiente liquidación de los valores a pagar por ajuste pensional a favor de los beneficiarios. En este sentido, como el mismo recurrente lo advierte, sustenta su argumento en el muestreo realizado en ese informe sobre cuatro (4) casos, que, en todo caso, lo único que muestra es que corresponde a liquidaciones que validaron los juzgados laborales en los procesos que cuentan con sentencia de condena ejecutoriada [...]

Se destaca que en estos cuatro (4) procesos se hace relación a demandantes cuyas sentencias fueron proferidas por los correspondientes juzgados en el 2002 y 2003, antes de suscribirse el acta de conciliación del 23 de febrero 2005, esta particular situación no demuestran los presupuestos que presenta el recurrente, en cuanto a que existen todas las liquidaciones de los pensionados; pues el informe del CTI apenas señala esos cuatro (4) casos de personas que habrían recibido dineros por valor de \$138.555.662,00., tal como se observa en los cuadros anteriores.

De manera que, si bien el recurrente señala que los cuatro (4) casos corresponden a una muestra elaborada por el CTI de la Fiscalía, no ofrece la razón suficiente sobre la distribución de los recursos obtenidos, además de ser el resultado del acta de conciliación que fue declarada ilegal por el La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

Ahora, como complemento al querer demostrar la existencia de la totalidad de liquidaciones, lo único que aparece es una serie de cuadros resumen, donde se relacionan los juzgados laborales, los potenciales pensionados beneficiarios, los descuentos y valores que recibirían, pero sin acompañar las correspondientes liquidaciones; cuestión crítica cuando se advierte que el valor indicado al sumar los valores relacionados en esos cuadros es de \$4.860.460.441, lo que resulta inferior a la suma pactada en el acta de conciliación,

\$7.985.856.757,84. Además, sin que se conozca que aquel valor liquidado fue entregado en su totalidad a los pensionados que demandaron el ajuste.

El anterior ejercicio no solo muestra las inconsistencias que se derivaron del acta de conciliación o acuerdo de transacción suscrito entre los procesados, por no cumplirse con las exigencias de ley antes analizadas, sino también que el delito de prevaricato por acción fue utilizado como delito medio para acotar el punible de peculado por apropiación a favor de terceros.»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Cumplimiento de un deber legal: no se configura

«De manera adversa a los argumentos que exponen los recurrentes, lo que se observa es que el motivo para constituir el delito de prevaricato por acción como medio para apropiarse de recursos del Estado, se explica en que para ejecutar la cuantía acordada \$7.985.856.757,84., se estableció como estrategia varios momentos de entrega del dinero, así el procesado AC, durante la gestión del exalcalde encargado VQ, recibió la suma de \$1.437.454.216.40, con posterioridad, en otros pagos hasta octubre de 2007, el valor adicional de \$3.849.009.973,00., para un total de \$5.286.464.189,40.

Con el propósito de establecer como fluyeron estos recursos, al revisar la documentación aportada al expediente, la Corte observa la existencia de información contenida en unas tablas de ilustración, donde se recogen los valores del ajuste pensional y los nombres de los beneficiarios, que suman \$4.860.460.441, valor que comprenderían los siete (7) procesos que, según el procesado VQ, la información se la había entregado el Jefe de la oficina jurídica de la alcaldía de Cúcuta, MEHL, cuantía inferior a la pactada al suscribirse el acta de conciliación, la cual se calculó en \$7.985.856.757,84 [...]

De los datos anteriores se concluye que no solo existen falencias jurídicas en el proceso de elaboración y suscripción del acta de conciliación, tal como lo declaró la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta y se demostró en el proceso penal, sino también desde lo

financiero se presentan las inconsistencias anteriormente descritas; las cuales demuestran que no solo se actuó sobre la base de un acto manifiestamente ilegal, sino que en este se consolidaron una serie de valores que implicaron la afectación del patrimonio del ente territorial.

Además, sin que las explicaciones de los procesados tengan el cuerpo suficiente para concluir que actuaron conforme a la ley, que cumplieron con los presupuestos materiales desde la perspectiva de los cálculos financieros y que, en todo caso, habrían incurrido en ligereza o imprudencia no constitutiva de delito; por el contrario, el contexto en que se desarrollaron los hechos implica que la conducta se cometió con conocimiento de su ilegalidad y con la finalidad de apropiarse de los dineros a favor de terceros, al estar probado que el procesado hasta el mes de octubre de 2007 había recibido la suma de \$5.286.464.189,40.

En este sentido, queda probado que los recursos salieron de las arcas del Estado y que los mismos fueron recibidos directamente por el abogado procesado AIAC, como consecuencia del acuerdo suscrito con el exalcalde GVQ; como probado también está que el medio utilizado para la apropiación de los recursos fue el acto manifiestamente ilegal, instrumento utilizado para alcanzar su propósito, lograr empobrecer el erario público a través del delito fin, peculado por apropiación, en la medida que los procesados concurrieron en la realización de esas conductas.

Si bien en principio, se reitera, se informa la existencia de los poderes suscritos por los pensionados demandantes para adelantar el proceso laboral y la expedición de algunas liquidaciones por los juzgados laborales, lo cierto es que algunos de los potenciales beneficiarios habrían recibido cierto valor del ajuste; por cuanto que de la mayoría de ellos únicamente se tienen las tablas donde aparece la liquidación propuesta por la alcaldía municipal, y que de acuerdo con los derechos de petición presentados por los pensionados demandantes, solo se conocen hasta mayo de 2005; lo que significa que al momento de suscribir el acuerdo no se contaba con esos valores, y razón suficiente para afirmar que, en teoría, apenas logra explicarse la cuantía contenida en las tablas, sin saberse qué pasaría con los recursos.

De otra parte, con la finalidad de clarificar el argumento del recurrente que representa al procesado GVQ, respecto a la determinación de

la cuantía girada mientras este se desempeñaba como alcalde de San José de Cúcuta, es cierto que el desembolso no fue por el valor calculado en el acta de conciliación, sino por una cifra inferior, esto es la suma de \$1.437.454.216.40.

Sin embargo, esto no quita que la afectación fue millonario para el municipio, y el hecho que sea una parte menor la que ordenó girar, no significa que los recursos estuvieron fuera de riesgo, pues lo que se ha demostrado es que se entregaron producto de un acuerdo ilegal al abogado AIAC, quien supuestamente los destinaría para el pago del ajuste pensional de los pensionados demandantes, pagos que tampoco se demostraron en el proceso ni se tiene certeza que la totalidad de los supuestos beneficiados cumplieran los requisitos para su reconocimiento, puesto que se probó que cuatro (4) de los siete (7) procesos laborales no contaban con sentencia ejecutoriada que obligara al ente territorial a pagar los ajustes demandados y en el acuerdo tampoco se analiza la situación jurídica de cada demandante para hacerlo acreedor del ajuste pensional.

[...] esas meras expectativas que en opinión del recurrente estaban refrendadas en las decisiones judiciales emitidas en primera y segunda instancia, no solo están referidas a los cuatro (4) procesos de los siete (7) en cuestión, sino que las resultas y consecuencia económicas se dictaron con base en el acto transaccional o acta de conciliación ilegal, porque resultó manifiestamente contraria a la ley.»

CONDENA EN COSTAS - Procedencia / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, costas procesales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo

«Frente a esta cuestión, en la sentencia de casación no se niega la posibilidad de acordar las costas procesales, lo que se cuestiona es que se pactó una rebaja del 5% en el radicado 2002-213 y de 10% en los procesos 2003-226, 2003-387; 2003-241, los cuales carecían de sentencia ejecutoriada, lo que constituye un proceder contrario a la ley, porque no se cumplió con los requisitos normativos para su configuración, haber sido vencido en juicio, y porque fue considerado como una renuncia o concesión real y recíproca de una de las partes en la transacción

desventajosa e ilegal para los intereses del municipio de San José de Cúcuta.

[...]

Razón asiste en la sentencia de casación cuando consideró que si el propósito del acta de conciliación del 23 de febrero de 2005 era “resguardar el patrimonio municipal”, evitar “el crecimiento inmoderado de las condenas”, no se entiende por qué razón el municipio aceptó el pago de costas, si esa erogación no resultaba obligatoria en esa negociación, ni beneficiaba las finanzas del municipio y, más bien, podía ser una de las renunciaciones o concesiones de los demandantes; es decir, lo que se observa es que en el ilegal acuerdo conciliatorio pesó el querer deliberado de los procesados, para abstenerse de explicar la procedencia de la condena en costas y los motivos para determinar los porcentajes y proceder a apropiarse de un recurso público.

Por tanto, este proceder resultó manifiestamente contrario a la ley y demostrativo del obrar doloso de los acusados, en punto de la emisión de una decisión abiertamente ilegal y de la apropiación ilícita de recursos públicos; pues, el pago de costas manifiestamente improcedentes era, por un lado, el interés del abogado procesado -AC- de apropiarse de los dineros del municipio, por ese concepto, y por otro, el procesado VQ permitiendo deliberadamente esa apropiación injusta a favor de un tercero, pues de forma ilegal obligó al municipio de Cúcuta a ese pago.»

PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros: se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación en favor de terceros

«[...] los procesados acudieron a diferentes estrategias, como hacer constar en los documentos realidades no verificadas, dar por ciertas facultades no conferidas, suponer la exigibilidad del reajuste, no discriminar los montos a pagar con remisiones inexactas y sin analizar, ratificar poderes, entre otros; todo para lograr la apropiación de los recursos públicos, bajo una falsa apariencia de legalidad. Esto, sin observar con diligencia los principios de legalidad, probidad y transparencia en el manejo del patrimonio público.

En este contexto, se insiste que, el abogado AIAC, durante la gestión del alcalde encargado GVQ, recibió la suma de \$1.437.454.216.40 y, en

pagos posteriores, que van hasta octubre de 2007, el municipio de San José de Cúcuta le giró \$3.849.009.973., para un total de \$5.286.464.189,40. Es decir que, contrario a la conclusión de los abogados defensores, sí se tiene demostrado el detrimento patrimonial al ente territorial.

Ahora, si bien el Concejo Municipal de San José de Cúcuta expidió los Acuerdos números 039 de 2004, 043 de 2004, 026 de 2005 y 029 de 2005, por los cuales se autorizó a la administración municipal para enajenar bienes, entregarlos en garantía y gestionar créditos con la banca local, con destino a cubrir la obligación del reajuste a los pensionados municipales, esto no justifica la conducta de los procesados; pues el municipio adquirió unas obligaciones derivadas del actuar ilegal de los procesados, y que para hacerlas efectivas fue necesario acudir a distintas estrategias, una de ellas, comprometer bienes del municipio y obtener créditos bancarios para cubrir el irregular desface financiero.

Es importante destacar que esta práctica por la que se ha investigado y juzgado a distintos burgomaestres de Cúcuta, en su oportunidad, no justificaba a VQ, para con la intervención de AC, incurrir en las mismas conductas ilegales, pues para el caso en estudio los procesados contaban con suficiente información sobre la ilegalidad del acuerdo a suscribir, como se estudió en la sentencia de casación y en esta providencia que resuelve el recurso de impugnación especial.

En consecuencia, en el proceso penal seguido contra los procesados se probó que para el 23 de febrero de 2005, fecha en la que se suscribió el acta de conciliación, el procesado GVQ tenía la condición de servidor público, alcalde del municipio de San José de Cúcuta; por consiguiente, fungía como ordenador del gasto, con capacidad para contratar, de acuerdo con el presupuestal municipal, es decir, con el deber de custodiar y disponer del patrimonio económico municipal -disponibilidad material y jurídica de los dineros de Estado-.

Por eso, aprovechándose de estas facultades y circunstancias comete el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, como también lo realiza el acusado AIAC en condición de autor interviniente, por carecer de la calidad especial exigida de servidor público para la comisión del delito que afecta el patrimonio del ente territorial, los procesados optaron por una estrategia en la que fue fundamental la suscripción del acuerdo

transaccional o conciliatoria del 23 de febrero de 2005, el cual resultó manifiestamente contrario a la ley, pero efectivo para apropiarse de los recursos públicos.

Consecuente con la anterior, como lo argumentó la Corte en la sentencia de casación, las pruebas aportadas al proceso ofrecen la razón suficiente para probar que GVQ, acusado por el delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con peculado por apropiación a favor de terceros, y AIAC, igualmente acusado como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, cometieron los delitos de manera dolosa.

[...]

En el caso objeto de estudio, el dolo de los procesados se infiere por su formación y experiencia profesional para obrar conforme a ley, dado que ambos son abogados y practican su ejercicio.

Debido a ello, en el acuerdo suscrito el dolo es palpable debido a que, como juristas, debían como mínimo garantizar que el acuerdo diera realmente por terminado el conflicto jurídico con la totalidad de los demandados, para lo cual debían individualizarlos, analizar su situación jurídica particular, reconocer el monto de los ajustes que supuestamente le correspondía a cada uno de ellos y garantizar la terminación de los procesos judiciales.

Sin embargo, lo anterior no ocurrió porque el interés de ambos procesados era lograr la efectiva apropiación del recurso público a favor de terceros, por lo que omitieron cumplir con los requisitos de ley y suscribieron un acuerdo ilegal e irregular para lograr su cometido.

En cuanto a VQ, no es plausible que se alegue que no era experto en administración pública porque ejercía en el sector privado, en el sector asegurador, cuando en realidad esa usanza por más de dos décadas le permitía obrar diligente y correctamente.

Respecto del acusado, abogado AQ, se trata de un experto en derecho público, penal y otras áreas del derecho, cuenta con estudios superiores y ejercicio de su carrera por años; es decir, juntos tenían la capacidad de saber que la conducta que asumían era delictual e injustificada.»

ERROR DE TIPO - Invencible: demostración, exige probar la ausencia absoluta de dolo / **ERROR DE TIPO** - Invencible: sus efectos se aplican, cuando el sujeto activo cree obrar justificadamente / **ERROR DE TIPO** - Invencible: no se configura / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Error invencible sobre la licitud de la conducta: no se configura / **ATIPICIDAD OBJETIVA** - No se configura

«En el estudio que adelanta la Sala, corresponde analizar la pretensión subsidiaria, la cual dirige la defensa a querer demostrar que el procesado GVQ, incurrió en un error de tipo invencible al momento de suscribir el acuerdo de transacción del 23 de febrero de 2005, consistente en que era una persona sin experiencia y conocimiento en materia de administración pública, pero que por la situación que tenía que resolver obró creyendo que lo hacía conforme a derecho.

[...] de conformidad con el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, es causal de ausencia de responsabilidad, cuando “se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad”, y “para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

El error invencible se presenta cuando a pesar de que el actor ha sido cuidadoso no logra prever las consecuencias de su accionar, siendo invencible la imprevisibilidad del comportamiento, hipótesis en la que no se encontraba el procesado VQ, por cuanto que es claro que al momento de suscribir el acta de conciliación del 23 de febrero 2005, si bien lo acompañaba su equipo de trabajo, contó con un concepto jurídico y la intervención directa del procesado AQ.

Sin embargo, dejó de lado cualquier circunstancia para verificar y tener certeza de que con su comportamiento no estaba poniendo en riesgo el patrimonio público del municipio de San José de Cúcuta; pues como se estudió, se presentaron una serie de circunstancias -aquellas indicativas de su comportamiento doloso, arriba consideradas- que le obligaban en su condición de servidor público diligente a verificar no solo la información que recibía, sino también las normas que regulan ese tipo de mecanismos de terminación de los procesos judiciales, ampliamente analizados.

No basta argumentar que actuó cuidadosamente, cuando en realidad no lo hizo, toda vez que no se aprecia tal cuidado, inclusive en su indagatoria indica que se limitó a lo que supuestamente le informaba el Director jurídico -estar todo listo para la firmar-, sin atender que con su conducta exponía un capital cuantioso en el acuerdo que suscribía.

Además, VQ no es un funcionario que pudiera actuar como cualquier otra persona presta a servir por solidaridad o simpatía, pues se trata de un jurista con experticia en el campo de los seguros, disciplina que también exige diligencia, lo que permite inferir que tenía capacidad para saber, tener conciencia que con su actuar estaba poniendo en riesgo un capital cuantioso del municipio.

Por tanto, no se trataba de cualquier situación en la que no se requeriría de un cuidado especial, que no lo tuvo el procesado, cuál era verificar el cumplimiento de los procedimientos y exigencias antes de proceder a la suscripción de un acto por el cual ponía en riesgo los recursos del municipio. Esa experiencia y capacidad jurídica no la aplicó al desempeñar el cargo de alcalde en encargo; tampoco puede decirse que resulte exonerado por estar transitoriamente frente a la alcaldía y sin experiencia jurídica en administración pública, todo lo contrario, como lo señala la causal de ausencia de responsabilidad invocada, VQ tuvo oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.»

PRISIÓN DOMICILIARIA - Improcedencia: cuando haya sido condenado por los delitos enlistados en el art. 68A de la Ley 599 de 2000 / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Sustitutiva de la prisión: cuando el imputado o acusado sea mayor de 65 años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia

« [...] contrario a lo expuesto por el defensor de VQ, si bien el procesado es mayor de 65 años, la naturaleza y modalidad del delito para cumplir la pena en el lugar de residencia -prisión domiciliaria- no se estructuran; toda vez que la gravedad de la conducta se funda en delitos de alta de corrupción, ya que en la comisión de la conducta se forjó una estrategia para apropiarse de los recursos del Estado, o sea, no se trató de un delito de peculado por apropiación menor, sino de un mecanismo que combinó la

elaboración de un acuerdo -acto manifiestamente contrario a la ley- y la estructuración de un escenario para defraudar en varios momentos el patrimonio económico del Estado, el erario del municipio de San José de Cúcuta.

Recuérdese que, como consecuencia del acta de conciliación suscrito se posibilitó un primer 'gasto' de \$1.437.454.216., cuando VQ fungía como alcalde, y el mismo acto jurídico facilitó otros pagos, para un total de \$5.286.464.189 a octubre de 2007, suma que recibió el procesado AC, según se analizó en precedencia. Un

comportamiento doloso en el que no atendió las diversas circunstancias del derecho dirigidas a la protección de los recursos públicos, deber funcional a cargo del procesado GVQ, en su condición de burgomaestre.

Lo anterior es significativo para afirmar que no se cumplen a cabalidad los presupuestos -ser mayor de 65 años y naturaleza y modalidad del delito- para determinar que el procesado cumpla la pena en su lugar de residencia y no en establecimiento penitenciario».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, no se puede entender cumplida con la sola aplicación de la tecnología / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por la mera aplicación de una tecnología novedosa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -**

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por tratarse de un típico contrato de obra pública/ **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Contratación directa: procede para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, las dudas sobre la catalogación de esas actividades, debe aclararlas **COLCIENCIAS**

La Sala Penal dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de MGGS, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la declaratoria de responsabilidad de aquélla, a título de autora del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Sala no casó la sentencia impugnada por los cargos formulados, pero casó oficiosa y parcialmente el fallo de segunda instancia, para suprimir la condena a inhabilidad intemporal prevista en el art. 122 inc. 5° de la Constitución, ya que el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no concierne a la protección del patrimonio público.

Ahora bien, respecto de la configuración del delito por el que fue condenada la recurrente, la Sala concluyó que, en el trámite contractual bajo investigación no había justificación para seleccionar directamente al contratista, por no tratarse la prestación a convenir de transferencia tecnológica, sino de un típico contrato de obra pública.

Aunado a lo anterior, considero que, la falta de análisis y verificación seria de la idoneidad del proponente bajo la óptica de la capacidad financiera y la experiencia para la ejecución del objeto contractual, implicó el quebranto de los principios de transparencia y selección objetiva, esenciales a la fase precontractual.

Por último, indicó que, el dolo se infiere de la participación directa y activa de la acusada en el trámite contractual, especialmente en el comité de contratación, en el que pudo evidenciar la falta de idoneidad del proponente, así como las múltiples razones fácticas y jurídicas que impedían considerar el objeto a contratar como una transferencia tecnológica.

SP185-2024(58661) de 14/02/2024

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. MGGS, directora de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial de Bogotá (UAERMV), tramitó y celebró el contrato N° 638 de 2013, con GPC S.A.S., con inobservancia de requisitos esenciales en ambas etapas.

2. Por concernir el objeto contractual al mantenimiento correctivo de la malla vial de la ciudad mediante reparcho de vías, el contrato a celebrar era de obra pública con selección del contratista por licitación. Sin embargo, la señora MGGS artificiosa e injustificadamente tramitó un contrato de ciencia y tecnología, en la modalidad de transferencia tecnológica, en el que se camufló la verdadera naturaleza del objeto (obra pública) a fin de eludir la licitación y seleccionar directamente a GPC S.A.S., sin pluralidad de ofertas. Además, el contrato se celebró con esa sociedad, por un valor de \$11.822'000.000, con fundamento en un precario estudio de conveniencia y oportunidad, así como con elusión de un análisis serio de la idoneidad del proponente, quien evidentemente carecía de capacidad financiera y experiencia técnica para cumplir con el objeto del contrato.

3. La directora de la UAERMV celebró el contrato con GPC S.A.S. -por \$11.822'000.000 y pactando la entrega de un anticipo del 50%- pese a: i) la ínfima capacidad económica de esa sociedad, pues tenía un capital pagado de \$5'000.000; ii) el proponente carecía de experiencia habilitante específica, dado que no acreditó la celebración de contrato similar ni ejecución de obra alguna, sino que fue una sociedad creada para adjudicarle el contrato concernido, y iii) carecía de derechos de propiedad industrial sobre el método y la tecnología a aplicar, dado que apenas ostentaba titularidad de los derechos de autor sobre el manual de uso de las máquinas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Configuración: el análisis del cumplimiento de los requisitos legales, tiene en cuenta lo acreditado en el trámite contractual

«[...] el ad quem dio respuesta congruente y suficiente, cifrada en que “a pesar de que el recurrente alegue que solo se hizo alusión al certificado de existencia y representación legal aportado por el fiscal, expedido en octubre de 2013, en el que efectivamente se verifica un capital pagado de \$5'000.000, y no las modificaciones a dicho certificado, lo cierto es que, al momento en que se suscribió el contrato 638 de 2013, ese fue el presupuesto que ofreció [...] para una obra de \$11.822.552.148, lo que resulta incoherente y sospechoso”.

Es que, como ya había advertido el a quo, el proponente aportó al trámite contractual, entre otros documentos, el certificado de existencia y representación legal N 000355, en respuesta a los requerimientos de la entidad, consignados en los estudios previos. De donde se sigue que ese certificado fue el que tuvo a su alcance la procesada a la hora de seleccionar al proponente como contratista, no los incorporados al proceso penal tiempo después. A esa razón subyace el desenfoco de lo alegado por el censor, como se extrae del razonamiento del tribunal»

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN - Concepto / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN** - Elaboración / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN**- Composición: presupuesto de rentas, de gastos y disposiciones generales / **PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN** - Presupuesto de gastos: composición / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Contenido / **ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO** - Fines / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Conformación / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Conformación: entidades descentralizadas, establecimientos públicos, características / **DERECHO ADMINISTRATIVO** - Ley 29 de 1990: inclusión de apropiaciones presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden nacional, requiere consulta con COLCIENCIAS, con el fin de racionalizar el gasto público / **DERECHO ADMINISTRATIVO** - Ley 29 de 1990: inclusión de apropiaciones presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden nacional, requiere consulta con COLCIENCIAS, no es exigible a los entes territoriales

«Según el art. 7 de la Ley 29 de 1990 por medio de la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico, la inclusión de apropiaciones presupuestarias para planes y programas de desarrollo científico y tecnológico, por parte de establecimientos públicos del orden nacional, se hará en consulta con el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas", COLCIENCIAS, con el fin de racionalizar el gasto público destinado a este efecto.

Constitucionalmente hablando, el presupuesto (art. 346) es un instituto perteneciente al régimen económico y de la hacienda pública; es decir,

hace parte de la política económica del Estado, en la que la pre-fijación de los gastos o ley de apropiaciones (art. 347) es parte esencial.

El art. 347 de la Constitución preceptúa que el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

Conforme a su Ley Orgánica, el presupuesto general de la Nación está conformado por el presupuesto de rentas, el de gastos y las disposiciones generales. El segundo es también llamado ley de apropiaciones y no sólo constituye un estimativo sino una autorización, al tiempo que debe contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Según el art. 16 de la Ley Orgánica (179 de 1994), el presupuesto de gastos está compuesto por: a) los gastos de funcionamiento; b) del servicio de la deuda pública y c) de los gastos de inversión.

De otro lado, como clarifica la jurisprudencia constitucional (cfr., entre otras, sent. C-167 de 2021), uno de los propósitos de una ley de presupuesto es el de:

apropiar el valor requerido para atender los gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública del Presupuesto General de la Nación durante la vigencia fiscal de cada año, según el detalle que en la misma se contempla. En tal caso, las apropiaciones que se incluyen en el Presupuesto General de la Nación son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso da a los organismos y entidades destinatarios del sistema presupuestal y expiran el 31 de diciembre de cada año, razón por la cual, la ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, debe tener un componente denominado gasto público social que agrupa las partidas de tal naturaleza, según la definición hecha por la ley orgánica de presupuesto, y, no puede incluir partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las

ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo, puesto que no puede aceptarse que la ley que ordena un gasto sea precisamente la misma ley de presupuesto.

Bien se ve, entonces, que la apropiación presupuestaria es un acto complejo que deriva de una proposición gubernamental y se consolida en una medida de orden legislativo, si se trata del orden nacional. Ese acto de concreción legislativa tiene un equivalente funcional en el orden territorial, pues la Constitución (art. 352) reconoce un margen de regulación por parte de las entidades territoriales, ya que en los arts. 300-5 y 313-5 ídem le asigna a las asambleas departamentales y a los concejos municipales las competencias para expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y municipal, respectivamente, y para aprobar mediante ordenanza o acuerdo, respectivamente los presupuestos anuales de rentas y gastos (cfr., sent. C-036 de 2023).

Por otra parte, según el art. 39 de la Ley 489 de 1998, la Administración Pública se integra por:

los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

A su turno, según el art. 68 ídem, son entidades descentralizadas del orden nacional los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía

mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Los establecimientos públicos, a tono con los arts. 38-2 lit. a) y 70 ídem, son organismos del sector descentralizado por servicios que se encargan principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características: a) personería jurídica; b) autonomía administrativa y financiera y c) patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.

A su vez, el art. 39 inc. 4 ídem señala que al nivel territorial pertenecen las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos (organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel). Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Pues bien, develada la naturaleza de los actos de apropiación presupuestaria, en los que la inclusión es, en un primer momento, una propuesta de un ente gubernativo y, luego, cuando se aprueba por el organismo legislativo (en el nivel nacional) o su equivalente en los órdenes territoriales, se torna en un rubro fijado en el respectivo presupuesto, salta a la vista que dicho trámite para nada concierne a la actividad contractual del Estado, sino al ámbito económico y de hacienda pública, que predetermina la aplicación futura y abierta de inversiones y gastos en el giro ordinario de las competencias administrativas.

De ahí que, evidentemente, el tribunal se equivocó al invocar el art. 7 de la Ley 29 de 1990, para extraer de allí una supuesta exigencia de

trámite contractual no prevista por la ley, cuya inobservancia enrostró a la acusada como fundamento de la tipicidad objetiva de su conducta.

Desde luego, la utilización concreta de las apropiaciones que son autorizaciones máximas de gasto en rubros específicos, para ser comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva comporta actuaciones y procedimientos que pueden tener lugar con miras a la actividad contractual o en el marco de ésta, como la expedición de certificados de disponibilidad presupuestal y de registros presupuestales, respectivamente.

En esa línea podría interpretarse, por una parte, que la alusión a “inclusión” de apropiaciones se refiere a la afectación preliminar del presupuesto, mediante certificados de disponibilidad presupuestal, a fin de garantizar la existencia de apropiación presupuestal disponible para la asunción de compromisos con cargo al presupuesto de la respectiva vigencia fiscal, mientras se perfecciona el compromiso que puede ser contractual; por otra, que concierne al registro presupuestal, el cual sirve al aseguramiento del pago de una obligación ya existente, con definición del valor y el plazo en virtud de un contrato celebrado.

Sin embargo, como lo tiene definido la Sala en consonancia con la jurisprudencia contencioso-administrativa (cfr. CSJ SP12159-2016; SP712-2017, rad. 48.250; SP004-2023, rad. 62.766 y SP038-2023), tales son requisitos de la ejecución del contrato, que no constituyen condiciones de perfeccionamiento ni validez. Por ende, su inobservancia no genera inexistencia ni nulidad del convenio, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato.

Además, como con razón lo alega el censor, si se tratare de asuntos de ciencia y tecnología, la inclusión de la apropiación en un certificado destinado a un contrato de tal naturaleza en consulta con COLCIENCIAS es un deber inexigible a la aquí acusada, pues la entidad por ella dirigida no es un establecimiento público del orden nacional, sino una unidad administrativa distrital.

Así que, en el asunto bajo examen, ninguna opción interpretativa permite entender la consulta previa a COLCIENCIAS como un

requisito esencial a la tramitación o a la celebración del contrato concernido. Por ese motivo, de la estructura del juicio de adecuación típica ha de suprimirse el aserto fijado por el tribunal en el sentido que, a la luz del art. 7 de la Ley 29 de 1990, “si bien la modalidad de contratación directa se puede utilizar para celebrar contratos de desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, previamente debe estar demostrado que lo que se contrata realmente cuenta con esas características, razón por la cual la entidad pública que se enfrente a este tipo de situaciones debe someter el objeto del contrato a revisión por parte de COLCIENCIAS para que éste, en ejercicio de sus funciones y conocimientos, rinda concepto al respecto, deber que fue omitido por la procesada”.

No obstante, con miras a la evaluación de la trascendencia del mencionado yerro de juicio normativo, éste es insuficiente para lograr que se case la sentencia por la causal de violación directa, pues la supresión de ese aspecto integrante de la tipicidad objetiva no altera las demás premisas en que se soporta, bajo la óptica de la adecuación típica, la inobservancia de requisitos legales esenciales de trámite y celebración contractuales.

Además, ha de aclararse que la eliminación de tal equivocada razón de orden normativo para nada afecta los razonamientos probatorios que, en punto de la valoración del dolo, realizó el a quo. En ese sentido, al pronunciarse sobre la tipicidad subjetiva, el juez consideró que, junto a otros hechos indicadores (cfr. num. 54.9.1. supra), la ausencia de consulta a COLCIENCIAS, teniendo la acusada la posibilidad de hacerlo, en vista de las dudas surgidas del comité de contratación, corrobora su actuar doloso»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, normativa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, concepto / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, actividades constitutivas / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia,

propósito / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, no se puede entender cumplida con la sola aplicación de la tecnología / **DERECHO ADMINISTRATIVO** - Ley 1286 de 2009: Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia, fines

«[...] desde la perspectiva del valor social, la ciencia y la tecnología son medios al servicio de la comunidad y la prosperidad general, en tanto fines esenciales del Estado (art. 2 Const. Pol.). Por ello, son deberes estatales la promoción de la investigación, la ciencia y el desarrollo (art. 70 ídem), la inclusión del fomento a las ciencias en los planes de desarrollo y la creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología (art. 71 ídem).

Entonces, el valor de ese compendio de conocimientos obtenido mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales, con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente (ciencia), así como del conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento del conocimiento científico y de instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto (tecnología), no es auto justificado, sino que, por mandato constitucional, sirve al desarrollo y la prosperidad de la sociedad, la cual evoluciona en la medida en que produce conocimiento y se tecnifica.

En efecto, la función social y cultural de la ciencia son valores que destacan y sobresalen. Su cometido y sentido tiene varias facetas que se valoran de manera positiva, promoviendo la modernización y madurez de una sociedad y siendo motor del crecimiento económico y condición para mantener vivo el sector productivo de la economía y competir en el mercado internacional. Mas en esos procesos es fundamental la apropiación del conocimiento, que permita a una sociedad desarrollarse a partir de la aplicación de aquél por sí misma y en su propio beneficio.

Desde esa perspectiva es que el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia, a la luz del art. 1 de la Ley 1286 de 2009, se funda en el propósito de lograr un modelo productivo sustentado en la ciencia, la tecnología y la innovación, para darle valor agregado a los

productos y servicios de nuestra economía y propiciar el desarrollo productivo y una nueva industria nacional.

Ese avance o progreso productivo, impulsado por el “desarrollo del conocimiento científico, el desarrollo tecnológico y la innovación”, se consolida mediante objetivos específicos, entre ellos los de “fortalecer una cultura basada en la generación, apropiación y divulgación del conocimiento y la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación y el aprendizaje permanentes” (art. 2-1 ídem)

En conjunción con tales propósitos, el art. 3 ídem también da lineamientos sobre las bases para la consolidación de una política de Estado en ciencia, tecnología e innovación, dentro de las cuales, como factores de desarrollo, se destacan el valor agregado, la productividad y la competitividad, así como la transformación y modernización del aparato productivo:

[...]

En consonancia con ello, el art. 17 ídem alude a los objetivos de generar y usar el conocimiento científico y tecnológico, así como apropiar la ciencia, la tecnología y la innovación, [...]

Todo ello, en sintonía con las actividades de promover el mejoramiento de la productividad y competitividad nacional, así como velar por la generación, transferencia, adaptación y mejora del conocimiento científico, desarrollo tecnológico e innovación (art. 18 num. 2 y 3 ídem).

[...]

En esa misma línea, del art. 2-2 de la Ley 1951 de 2019 por cuyo medio se crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y se fortalece el SNCTI se extracta que, dentro de los deberes estatales en materia de desarrollo en esos ámbitos, “que consolidan los avances hechos por la Ley 29 de 1990 y 1286 de 2009”, la de transferencia de ciencia, tecnología e innovación, para la consolidación de una sociedad basada en el conocimiento, está ligada a la apropiación social de ellas.

Así, pues, la identificación de los referentes conceptuales basilares del régimen especial de ciencia y tecnología, así como sus propósitos esenciales, es el marco sistemático en el que, enseguida, se fijará la comprensión que debe dársele al proceso de transferencia tecnológica, desde una teleología consecuente con esa

constelación normativa y compatible con los factores en ella influyentes.

De entrada, se advierte que la propuesta interpretativa del censor, cifrada en la equiparación de transferencia a una opción de mera aplicación, sin importar las condiciones en que ésta tenga lugar y los fines a los que sirve, es precaria, asistemática e inconsulta con aquellos propósitos. La simple definición literal del vocablo aplicar, que en últimas no es nada distinto a usar, emplear o poner en práctica algo, es del todo ajena a las razones que habilitan la excepción de contratar directamente por tratarse de una prestación de “ciencia y tecnología”, a la vez que es nada armónica con el referido régimen especial.

Si de armonizar se trata, el primer factor a considerar es que el art. 2-5 del Decreto 591 de 1991 enlista una serie de actividades constitutivas de “transferencia tecnológica”, en tanto modalidad de procedimientos “científicos y tecnológicos”. Esto quiere decir que las opciones de “negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras” deben connotarse en referencia a la actividad principal que se erige como “causal”, esto es, la transferencia.

Transferir, entre otras significaciones, tiene la de pasar o llevar algo desde un lugar a otro; también implica ceder a otra persona el derecho o atribución que se tiene sobre algo. La transferencia comporta un traspaso, una entrega, una cesión, un traslado o transmisión, así como un pago. A esas significaciones les es inherente una dinámica de entrega, en la que hay un emisor y un receptor. El primero se desprende de algo, mientras que el segundo se apropia, lo asume como suyo o lo incorpora a sí.

[...]

Así, pues, la aplicación de tecnología ha de servir a propósitos de integración de aquélla, a fin de poder aportar valor social en los términos del régimen especial bajo estudio. No se trata de aplicar cualquier tecnología por aplicarla, ni hacerlo de cualquier manera o en el contexto de otro objeto contractual, sino en condiciones compatibles con el desarrollo científico o tecnológico, que es lo previsto por el art. 2-4 lit. e) de la Ley 1150 de 2007. Esa es la teleología subyacente a la causal de aplicación tecnológica, en la que la utilización de determinada

tecnología, por implicar un uso previsto para el desarrollo posterior de actividades de innovación o avance científico o técnico, constituyen transferencia tecnológica.

Si la ley contempla la aplicación de tecnología con finalidades de transferencia como una actividad que avala la contratación directa, es porque sirve preponderantemente a un objeto de desarrollo científico o tecnológico propio, cuyo propósito esencial es el logro de una prestación tecnológica que genere valor agregado, que a su vez expanda las posibilidades de transformación y modernización de la propia actividad en ciencia y tecnología. Es a estas actividades (objeto principal) a las que sirve la contratación directa, no a otros objetos o prestaciones en los que la tecnología es apenas una ventaja accesoria.

Pensar que la mera utilización sin más de cualquier método, proceso o adelanto tecnológico en el marco de otro objeto contractual llámese obra, adquisición de bienes o prestación de servicios implica transferencia de tecnología, conduciría a un efecto absurdo, del todo discordante con los principios de transparencia y selección objetiva, que apuntan a la garantía de objetividad e imparcialidad en la selección del contratista. Ello trastocaría la regla de la licitación o el concurso público, pues la tecnología puede ser un factor que ponderar en el mayor o menor rendimiento de cualquier prestación.

Tal comprensión es sistemáticamente concordante con lo previsto en el art. 19 del Decreto 591 de 1991, conforme al cual, “cuando la naturaleza del contrato así lo exija, se pactarán las medidas conducentes para los efectos de la transferencia tecnológica, conforme a los lineamientos que define el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología”.

En esa dirección, si la mera utilización o aplicación comportara transferencia, sin factor alguno de incorporación que permita un posterior desarrollo tecnológico, carecería de sentido el anterior mandato, que exige especificar de qué manera se transferirá la tecnología en cuestión.

Piénsese también de manera ilustrativa que, en la necesidad de dotar el parque automotriz de cualquier entidad, en cuantía que amerite licitación o concurso, pudiera prescindirse de éstos porque algún proponente invoca un adelanto en algún sistema mecánico o electrónico de los vehículos. La tecnología, especialmente en el ámbito comercial automotriz, es un factor de

competición entre las marcas que, a su vez, representaría un aspecto a ponderar en la valoración de la adecuación de las propuestas, pero no un habilitante para contratar directamente»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Modalidades de selección: escogencia del contratista, por regla general se efectúa a través de licitación pública / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos especiales:

convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por la mera aplicación de una tecnología novedosa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Contratos especiales: convenios de interés público, para actividades de ciencia y tecnología, modalidad de transferencia, caso en que no se configura por tratarse de un típico contrato de obra pública

«[...] al contrastar los parámetros interpretativos aquí desarrollados en relación con las características que la aplicación de tecnología debe tener para poder entenderse como transferencia tecnológica y, así, justificar la contratación directa, con el entendimiento que de esa causal tuvieron los juzgadores de instancia, se concluye que éstos no incurrieron en yerro hermenéutico alguno. En efecto, además de que la prestación pactada (objeto principal) correspondía a una obra pública, por tratarse del mantenimiento de la malla vial, según el a quo (cfr. num. 54.5.2. al 54.5.4. supra), en concordancia con el concepto rendido por COLCIENCIAS por solicitud de la Veeduría Distrital, la prestación pactada por las partes tampoco podía conducir a transferencia tecnológica porque, si bien el parcheo por inyección neumática con mezcla en frío era un método novedoso en Colombia, la carencia de derechos de propiedad industrial en el proponente impedía implementar o incorporar la tecnología a la UAEMRV, pues no se le estaba cediendo ninguna prerrogativa para el uso de ella, por cuenta propia ni por sus propios medios en el marco de sus procesos productivos.

Tal conclusión es a todas luces compatible con la hermenéutica extractada del régimen especial de ciencia y tecnología, mientras que, se reitera, la propuesta interpretativa del censor carece de solidez, por basarse en una mera lectura literal de la cláusula normativa, en nada armoniosa con los propósitos constitucionales y legales

asignados a la ciencia y tecnología, en tanto valores sociales.

Por consiguiente, el reproche en cuestión es impróspero, lo cual implica mantener la conclusión cifrada en que, desde el plano de la tipicidad objetiva, en el trámite contractual bajo investigación no había justificación para seleccionar directamente al contratista, por no tratarse la prestación a convenir de transferencia tecnológica, sino de un típico contrato de obra pública.

No sobra recalcar que el razonamiento del demandante también es inapropiado al sostener que “no hay norma que prohíba efectuar la reparación de la malla vial por vía de la contratación directa”. La regla general para el contrato de obra pública, se resalta, es la licitación (art. 2-1 de la Ley 1150 de 2007 y art. 32-1 de la Ley 80 de 1993), mandato que no podía eludirse en la medida en que no estaban dados los presupuestos para aplicar la excepción de la contratación directa (art. 2-4 lit. e de la Ley 1150 de 2007)»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -
Requisitos habilitantes: son obligatorios para todos los contratos administrativos /
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -
Requisitos habilitantes: son obligatorios para todos los contratos administrativos, al margen de la forma de acreditación

«[...] según el censor, la valoración de la capacidad financiera y experiencia del proponente “no son requisitos esenciales a la contratación directa”. Ello por cuanto, a la luz del art. 6 de la Ley 1150 de 2007, en dicha modalidad de selección del contratista “no se exige el registro único de proponentes”.

Tal aserto carece por completo de solidez, por lo que mal podría evidenciar la interpretación errónea de dicha norma. Antes bien, es la hermenéutica propuesta en la censura la que se aviene equivocada, pues i) parte de un presupuesto inaplicable, como es la ya descartada procedencia de la contratación directa en el convenio cuestionado; ii) se basa en un desatino argumentativo y iii) desconoce que, a tono con la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ SP2552-2020, rad. 56.609), la verificación de dichos requisitos habilitantes pertenece a la esencia de todo trámite contractual al margen de la forma de acreditación, que es asunto distinto,

por ser una concreción de los principios de transparencia y selección objetiva.

En cuanto a lo primero, la propuesta interpretativa ab initio está cerrada a consideración, pues supondría aceptar que el contrato concernido podía tramitarse y celebrarse por la vía directa, algo que, como se vio, era improcedente en el presente asunto, por no comprender el objeto contractual ni la prestación convenida una transferencia tecnológica, sino la ejecución de obra pública (mantenimiento de la malla vial).

Sin perjuicio de ello, la Sala no puede pasar por alto la incorrección de lo propuesto por el censor, quien con una lectura tergiversada de la norma reclama un efecto que no se deriva del supuesto normativo traído a colación. Aun suponiendo hipotéticamente que estuviera legitimada la contratación directa, ello no implica que la administración se encuentre facultada para omitir la verificación de las condiciones de los proponentes, máxime si se trata de requisitos habilitantes.

A ese respecto, si bien el art. 6 inc. 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el art. 221 del Decreto 19 de 2012, preceptúa que no se requerirá del RUP ni de clasificación en los casos de contratación directa, también es verdad que el último enunciado de la norma clarifica que, en todo caso, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la verificación de las condiciones de los proponentes. La no obligatoriedad del RUP no quiere decir que la entidad estatal no debe establecer requisitos habilitantes, sino que su acreditación y verificación deberá hacerse mediante otros mecanismos y las particulares reglas definidas en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Ese deber es ineludible y recae, desde luego, sobre aspectos esenciales al trámite contractual, en concreción de los principios de transparencia y selección objetiva. En ese sentido, en sentencia del 14 de julio de 2020, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación puntualizó, de cara a la urgencia manifiesta, en tanto causal de contratación directa, que el carácter expedito de dicha vía de selección no implica la pérdida de vigencia de los principios que rigen la contratación estatal.

[...]

En conclusión, la falta de análisis y verificación sería de la idoneidad del proponente bajo la

óptica de la capacidad financiera y la experiencia para la ejecución del objeto contractual, en la conocida magnitud y cuantía, implicó el quebranto de los principios de transparencia y selección objetiva, esenciales a la fase precontractual. Ese aserto, dada la improsperidad del reproche bajo análisis, se mantiene incólume como fundamento del juicio positivo de tipicidad objetiva».

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se configura / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración

«[...] es inapropiado afirmar que el otrosí contiene cláusulas modificatorias del objeto contractual, pues ello implica una alteración del contenido objetivo de la prueba. Ese yerro deriva de una tergiversación de expresiones contenidas en el aparte de “consideraciones fácticas y jurídicas”, en cuyo numeral sexto, alusivo al incumplimiento por no constitución de la garantía única, se aclara que el amparo ha de recaer “sobre el servicio prestado, no sobre los bienes y equipos suministrados”.

[...]

Por ello, es tergiversado entender que, por esa alusión “al servicio” cambió la tipología contractual, no solo porque al margen de que ello sea injustificado en el convenio modificativo se sigue haciendo referencia a un “contrato de ciencia y tecnología”, sino debido a que i) dicha norma del Decreto 734 de 2012 aludía a la garantía única, no al contrato de prestación de servicios, y ii) el concepto rendido por el abogado EM consultor externo de la UAERMV, que se integró al otrosí, equipara los contratos de ciencia y tecnología a los de prestación de servicios en su origen normativo, pero ello lo hace a fin de avalar la exigencia de la aseguradora, de amparar la calidad del servicio a prestar, no para variar en el texto la naturaleza del convenio de “transferencia tecnológica”.

Empero, el advertido yerro de apreciación es en todo caso intrascendente y, por ende, insuficiente para provocar que se case la sentencia, pues la supresión de esa afirmación tampoco afecta el juicio positivo de adecuación típica, por lo que quedaría en el vacío la aplicación indebida de la ley sustancial (art. 410 del C.P.).

Ello es así por cuanto la supuesta modificación del contrato de “ciencia y tecnología” a

“prestación de servicios”, pese a ser una conclusión errónea, no se adecuó al tipo objetivo del art. 410 del C.P., bajo el entendido que ello constituye la infracción de un requisito esencial a la celebración de ese convenio modificatorio. Lo que en esencia se extrajo de la valoración de ese documento, fue que su expedición es evidencia que corrobora las irregularidades del trámite contractual, sin que se hubiera catalogado como un defecto con aptitud, en sí mismo, para constituir una irregularidad esencial de celebración.

Y en ello coincide la Corte, pues la observación completa del otrosí, como pasa a exponerse, incluso permite extraer más información que apunta a la ilegalidad del trámite del cuestionado contrato, cifrada esencialmente en que el objeto correspondía materialmente a la ejecución de una obra pública, no a transferencia tecnológica alguna. Además, la necesidad de modificar el contrato en punto del pago del precio y la constitución de la garantía única igualmente corrobora la precariedad tanto de los estudios previos como del análisis de la idoneidad del proponente para serle adjudicado el contrato.

En cuanto a lo primero, en las “consideraciones fácticas y jurídicas”, si bien se destaca la causal de “transferencia tecnológica” y se sigue aludiendo a un contrato “de ciencia y tecnología”, en el extenso estudio que antecede a la modificación de las cláusulas también se advierten múltiples referencias a las competencias legales de la UAERMV para la ejecución de obras de mantenimiento vial y la necesidad de aquéllas para conjurar la crisis de la malla vial por huecos. A su vez, la modificación de la forma de pago del contrato, a precios unitarios, más que compatibilizarse con un proceso de transferencia de tecnología, se aviene a un factor clasificatorio de los tipos de contratos de obra.

[...]

Tales aspectos coinciden tanto con las funciones de la unidad dirigida por la acusada, como con la prestación real pactada y la modificación de la forma de pago.

En cuanto a lo primero, en el otrosí así como en los estudios previos y en el contrato mismo se refiere que la UAERMV: i) según el Acuerdo 257 de 2006, tiene por objeto “programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento de la malla vial

local” y ii) en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación N 009 de 2011 suscrito con el IDU, deberá “realizar obras de conservación, acciones de movilidad de la malla vial y atención de emergencias en la ciudad de Bogotá, D.C.”

Yendo más allá, en el otrosí por cuyo medio se modificó el convenio inicial se dice que

la UAERMV tiene como misión la de mantener y rehabilitar preventiva y correctivamente la malla vial local, producir mezclas asfálticas, atender situaciones imprevistas y brindar apoyo interinstitucional para garantizar una mejor movilidad en beneficio de la ciudad y, como visión en 2017, la UAERMV proyecta ser reconocida como la entidad que ha recuperado y mantiene en buen estado la totalidad de la malla vial local, con capacidad de reacción inmediata, personal experto e infraestructura moderna; líder en procesos de producción de mezclas asfálticas e insumos para su autoabastecimiento, la generación de excedentes para su comercialización y la prestación de servicios que garanticen su autosostenibilidad. Además, cuenta con equipos técnicos, experiencia técnica y administrativa requerida para garantizar la eficaz ejecución del objeto que se alude en el contrato y a destinar los recursos eficazmente para el cumplimiento del objetivo contractual.

De cara al “pago del valor del contrato”, la cláusula sexta modificada indica que “la UAERMV pagará al contratista el valor de este contrato de acuerdo con la aplicación de mezcla asfáltica fría por m3 compactado”, convención del todo compatible con la modalidad clasificatoria de los contratos de obra, atrás descrita (num. 117.1. supra). A ese respecto, a renglón seguido, las partes estipularon: “FORMA DE PAGO: previa programación del Plan Anual de Caja, se cancelará mensualmente por período vencido y m3 compactado recibido a satisfacción, con la presentación del acta de recibo parcial juntamente con la factura”.

Aunado a lo anterior, la necesidad de modificar el contrato mediante otrosí, cuya causa no fue otra que la imposibilidad de iniciarlo por ausencia de expedición de la garantía única pactada, efectivamente ratifica la precariedad de los estudios previos, así como la ligereza del análisis de la idoneidad del proponente para serle adjudicado el contrato.

El mentado documento es evidencia clara de que las aseguradoras no expidieron pólizas de garantía por la insuficiente capacidad financiera del contratista, algo que permitía prever el alto riesgo de amparar la entrega de anticipos a un contratista con tan limitado capital. No de otra manera se explica que en el otrosí se destacara, en relación con la garantía única, que el contratista, “por costos, no estaba en disponibilidad de constituirla, toda vez que se afectaba su modelo financiero”, así como que la aseguradora “igualmente solicita eliminar la cláusula que le otorga el anticipo al contratista”.

Sobre la insuficiente capacidad financiera del entonces proponente, en el comité de contratación del 20 de diciembre de 2013 presidido por MGGS, en el que se ajustaron los estudios previos, varios de sus asesores advirtieron la desproporción entre el cuantioso valor del contrato y el ínfimo capital que, para ese momento, acreditaba GPC.

[...]

Sobre ese particular, el ingeniero JCMF, subdirector técnico de producción e intervención de la UAERMV, interpeló a quien sostuvo que ellos (el proponente) “son exclusivos, son los únicos en el mundo que hacen eso”. A esto, el señor MF respondió: “No. Eso es falso que sean los únicos en el mundo. En Colombia es diferente; en el mundo lo hace mucha gente (...) esa tecnología la tienen en el mundo varias empresas”.

Esta última opinión es del todo fundada, pues es coincidente con el documento denominado “Actividades de Parcheo o Bacheo Eficientes. Análisis de Información y Comparación de Alternativas”, producido por el Grupo de Investigación y Desarrollo del IDU, en colaboración con la UAERMV, en agosto de 2013. En el num. 5, alusivo a las “técnicas de inyección”, se advierte que “a nivel mundial se pueden encontrar diferentes marcas y equipos existentes en el mercado internacional, que se convierten en alternativas viables para atender de manera eficiente la reparación de capas de rodadura en pavimentos”, entre ellas, [...]

Al describir las prestaciones ofrecidas por dichas empresas, de acuerdo con sus métodos y tecnologías, en el documento se precisa: “generalmente, son vehículos equipados con las herramientas para limpieza, lanzado y compactación (que puede ser...a manera de

inyección a presión). Adicionalmente, pueden almacenar mezcla asfáltica en caliente o fría, agregados y emulsión. Los tanques de almacenamiento de mezcla...incluyen el sistema de limpieza a presión e irrigación de emulsión para liga. El rendimiento del tapado o cubrimiento de un hueco o bache es de 15 min. aprox.; en algunos casos se reporta rendimiento de 2 min. por hueco”.

Adicionalmente, como lo estableció el a quo, esa información encuentra respaldo en el oficio del 10 de septiembre de 2013, procedente de la empresa [...] y la consulta web efectuada a la empresa [...], con sede en Bogotá, en las cuales se describen características y precios, evidenciando que para entonces existían otras compañías que ofrecían la maquinaria a través del método propuesto por [...]: “parqueo por inyección a presión neumática”. En ese sentido, además, se pronunció el testigo JCCR, empleado de [...], quien aseveró que esta compañía cuenta con una máquina idéntica a la denominada Velocity Patching.

Esa información es igualmente compatible con las evidencias N 51 y 52, apreciadas por los juzgadores de instancia, en las que algunas de las mencionadas empresas y otras más ([...]) describen las prestaciones de sus máquinas bacheadoras, que al contrastarse con la propuesta de [...], en relación con la tecnología Velocity Patching, permite concluir que el método genérico para parqueo, distinto al tradicional, se denomina “inyección a presión neumática” y, como especie, puede haber mezclas “en caliente o frío”.

Ambas especies comparten las mismas fases de aplicación, a saber: i) limpieza de impurezas con compresor; ii) aplicación de la emulsión que cubre y sella la superficie en reparación; iii) compactación uniforme con presión neumática a mayor o menor velocidad y iv) última aplicación de emulsión y aditivos para aceleración de secado, con apertura de tráfico. Velocity apenas presenta una ventaja comparativa en el tiempo de secado, por utilizar mezcla en frío. Este factor, si bien implica innovación y representa una ventaja comparativa, es apenas accesoria e insuficiente para constituir una tecnología absolutamente novedosa o extraordinaria.

Ahora bien, en cuanto al ligero examen de la experiencia del proponente [...], en la realización de obras públicas de mantenimiento vial en Colombia, lo cierto es que tal factor, como se

desprende de lo discutido en el Comité, llevado a cabo el 20 de diciembre de 2013, se presupuso cumplido sin una rigurosa verificación.

En la reunión se aludió a un capital de \$5.000.000, así como a una empresa cuyo representante legal es un actor de televisión (JPP, quien constituyó la sociedad [...] como accionista único el 5 de junio de 2013). Ello indica que la documentación con la que se analizó el asunto en ese momento también era precaria y desactualizada, pues, según el certificado de existencia y representación legal del 23 de diciembre de 2013 (N [...]), el 11 y 18 de noviembre de ese año hubo reformas estatutarias en la composición societaria, la representación legal y los montos de capital (autorizado, suscrito y pagado). Estos dos últimos aspectos son allí verificables, pues el representante legal titular ya no era el señor P, sino VDD, y el capital pagado ascendió a \$105.000.000. Empero, tal información era desconocida por la acusada y sus asesores, quienes en todo caso adoptaron decisiones.

Pero más allá, el contrato se suscribió con la convicción de que a [...] estaban asociadas las empresas extranjeras que poseían los derechos de propiedad industrial del método y la tecnología ofrecidos, aplicados por ellas en el exterior. Sin embargo, ello no podía verificarse adecuadamente con la documentación integrante del expediente contractual al momento de la suscripción del convenio, pues al respecto no se aportaron actas ni certificados aptos para acreditar tal aspecto, sino una constancia suscrita por VD, representante legal de [...], quien, careciendo de potestad certificadora, informó sobre “la experiencia” de los accionistas [...] y [...]

Mas lo cierto es que dichas compañías no figuran como accionistas en el certificado de existencia y representación legal [...] ni en el certificado de inscripción, clasificación y calificación [...] de la microempresa [...], documentos con los que, se insiste, fue que se seleccionó al proponente y se suscribió el contrato. Y así hayan hecho parte de [...], lo trascendente es que, de cara a la ilegalidad nuclear que vicia tanto el trámite contractual como la celebración del contrato, no se pactó objeto alguno de transferencia tecnológica sino acciones de mantenimiento constitutivas de obra pública»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -
Contratación directa: procede para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, las dudas sobre la catalogación de esas actividades, debe aclararlas COLCIENCIAS / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** – Dolo

«El dolo, en verdad, se infiere de la participación directa y activa de la acusada en el trámite contractual, especialmente en el comité de contratación, en el que pudo evidenciar la falta de idoneidad del proponente, así como las múltiples razones fácticas y jurídicas que impedían considerar el objeto a contratar como una transferencia tecnológica. Además, como acertadamente lo analizaron los juzgadores, la procesada fue advertida por varios de sus asesores de la inviabilidad de contratar directamente y, en el comité, se “maquinaron” eventuales defensas en escenarios penales.

En ello va a profundizar la Corte. La dinámica de discusión dada en esa reunión muestra que, en lugar de asesorarse adecuada, objetiva e imparcialmente, a fin de establecer cuál era la vía jurídica correcta para contratar y ejecutar las obras de mantenimiento de la malla vial requeridas en la ciudad, la acusada había decidido ya que [...] sería seleccionado para ello y, a como diera lugar, se buscaron argumentos para “defender” esa irresponsable y terca determinación.

A la supresión de las exigencias de capacidad financiera, decidida y aplicada en el comité, junto a las advertencias de emprender una acción “suicida” si se contratara directamente y de no ser cierto que [...] fuera la única empresa capaz de ofrecer la tecnología de parcheo por inyección a presión neumática, hay otros aspectos que vale la pena analizar, en punto del propósito de la reunión y la intencionalidad subyacente a las medidas de contratación adoptadas.

En primer lugar, no es cierto, como lo dice el censor, que la secretaria general de la unidad “asintió” sobre la viabilidad de contratar directamente. Finalmente suscribió los estudios previos, pero lo que dicha funcionaria expresó en el comité fue inquietud por eludir la licitación pública: “yo sí le tengo temor a la figura...yo tengo muchos amigos abogados y les he enviado información. Otro abogado me decía, C, no vaya a firmar porque el criterio general es que obra pública es licitación pública. No sé si de pronto el objeto está muy dirigido a obra pública”.

Como segunda medida, si bien uno de los raseros a evaluar en la actividad contractual del Estado es el respeto de los límites legales, entre ellos el ámbito sancionatorio, más que una sana discusión sobre la operatividad en la función administrativa, abierta a optar por la opción ajustada a la ley, varios participantes idearon argumentos para eludir declaratorias de responsabilidad, ya con la convicción de que se abrirían espacios de posible comisión de delitos.

Sobre el particular, MCA anticipó que “eso se va pa’ (sic) Fiscalía” y luego instó al equipo a tener “unidad de criterio al momento de la defensa, porque uno no puede llegar allá a decir ‘ah, fue porque me obligaron o porque no sabía’”. En ese sentido, ante el argumento de “prevalencia del interés público”, expuesto por el abogado M, uno de los asistentes cuestionó: “¿ese interés público desmonta el dolo? Porque ellos van a tratar de encarar el dolo tanto desde el punto de vista fiscal como penal...Los órganos de control, lo primero que van a decir, es que eso es una celebración de contrato sin requisitos legales”.

En tercer orden, si del comité surgieron tantas dudas sobre la procedencia de la contratación directa por ciencia y tecnología, máxime que en el trámite contractual el abogado JDCG, experto en propiedad industrial, conceptuó que [...] no podía transferir tecnología por no ser titular de los derechos para ello, la acusada, pudiendo hacerlo, se abstuvo de consultar a COLCIENCIAS.

Si bien, se insiste, no tenía el deber de obtener un aval de esa entidad para proseguir con el trámite de selección directa, también es verdad que conocía de la competencia consultiva (art. 20 de la Ley 1286 de 2009) de tal organismo perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, a fin de clarificar si el objeto contractual podía considerarse como actividad científica o tecnológica. Mas pese al espinoso panorama advertido en el comité, prefirió no acudir a dicho ente, con cuya asesoría podía zanjar las discusiones al respecto.

En efecto, en la consideración N 8 del contrato se citó la Circular N 6 de 2013, expedida por Colombia Compra Eficiente, alusiva al listado de actividades de ciencia y tecnología que se podían contratar directamente. Sin embargo, el inc. 2 del num. 1 de la circular también especifica que “las dudas de las entidades estatales ejecutoras sobre la catalogación de actividades científicas,

tecnológicas y de innovación, debe aclararlas el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación-COLCIENCIAS, autoridad competente en la materia”.

Empero, la procesada prefirió proseguir con la contratación sin acudir a esa autoridad. Fue luego de suscrito el convenio y retrasada su ejecución que maximizó su interés consultivo, ante la emisión de un concepto rendido el 11 de febrero de 2014 por la Dirección de Desarrollo Tecnológico e Innovación de COLCIENCIAS, dirigido a la Veeduría Distrital, que optó por requerir un concepto del abogado ERG, emitido el 12 de marzo de 2014, para contradecir lo concluido por COLCIENCIAS, en punto de la imposibilidad de que [...] transfiriera tecnología a la UAEMRV.

Ese concepto, valga aclarar, no fue inobservado por los juzgadores, como lo insinúa el demandante. Es éste quien recorta su contenido objetivo, pues es cierto que COLCIENCIAS opinó que la tecnología en cuestión era novedosa, por no haberse aplicado en Colombia. Mas a renglón seguido aclaró, en concordancia con las precisiones conceptuales aquí desarrolladas (cfr. num. 97 supra), que los términos del contrato no configuran transferencia de tecnología a la UAEMRV, máxime que esa tecnología ya estaba siendo comercializada.

Por último, es evidente que el concepto jurídico rendido por el abogado EM -acorde con el cual la mera aplicación de la tecnología ofrecida por el proponente en la ejecución de obras de mantenimiento vial constituía un proceso de transferencia habilitante de la contratación directa- es errado (cfr. num. 97-98 supra). Pero

esa equivocada asesoría dada a la acusada en manera alguna diluye el dolo, pues aquella tuvo a su alcance opiniones jurídicas contrarias, que insistían en la imposibilidad de transferencia tecnológica y en la necesidad de la licitación.

Además, tenía conocimiento de múltiples factores de irregularidad en el trámite, de los que se infiere su conocimiento de impulsar y perfeccionar un proceso contractual con incumplimiento de requisitos esenciales, el cual pretendió “blindar” con un concepto jurídico deleznable, a saber: i) la incapacidad financiera del proponente; ii) la ausencia de titularidad de aquél de los derechos de propiedad industrial sobre el método y la tecnología; iii) la inviable apropiación o incorporación de tecnología o conocimiento para aplicarse a futuro en los procesos productivos a cargo de la unidad; iv) la advertencia de que [...] no era la única empresa que ofrecía el método de parcheo por inyección a presión neumática y v) la advertencia de traspasar límites que podían comportar responsabilidad penal si se adoptaba la contratación directa.

Todos esos hechos indicadores, articulados y valorados en un solo tejido, permiten a la Corte concluir, en sintonía con los juzgadores de instancia, que la acusada no violó los requisitos esenciales de trámite y celebración determinada en error por la opinión de su asesor, sino que esa asesoría, más que un medio objetivo para determinar la vía de contratación adecuada, se tornó en la exploración de estrategias para defenderse de escenarios sancionatorios, ya anticipados por varios participantes del proceso precontractual».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos /

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos, vulneración a las garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ**- Beneficios: exclusión, la solicitud tardía de la Fiscalía, no desnaturaliza la pretensión

La Sala de Casación Penal, decidió el recurso de apelación interpuesto por HGS y su defensora, contra el auto mediante el cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla

resolvió la terminación del proceso de justicia y paz, y su exclusión de la lista de postulados.

La Corte confirmó el auto apelado, por cuanto la fiscalía acreditó que HGS incumplió los fines del proceso de Justicia y Paz, al desconocer los derechos de las víctimas y ejecutar actos revictimizantes, cuando citó a menores de edad, varias de ellas víctimas de agresiones sexuales en el pasado, para que lo visitaran a la cárcel a sostener relaciones sexuales, y, con ello se configuró la causal prevista en el numeral 1 del artículo 11 A de la Ley 975 de 2005 adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012 que

impone la terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de la lista de postulados.

Para el efecto recordó que, no fue a partir de la Ley 1592 de 2012 cuando el legislador previó la exclusión del postulado de este trámite especial, ya que desde que se produjo la desmovilización, se sometió a las reglas previstas en la Ley 975 de 2005, con la cual también se excluía a los postulados que incumplían sus obligaciones.

Finalmente, clarificó que, el hecho de que la fiscalía se haya demorado en solicitar la exclusión, no tiene la virtualidad de desnaturalizar la pretensión o tornar inexistente el hecho o los hechos que dieron lugar a la estructuración de la causal.

AP337-2024(64509) de 31/01/2024

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. HGS, consolidó durante varios años un conglomerado de actividades delictivas en la región del Magdalena, en las que se destacó el tráfico de estupefacientes, la limpieza social y la extorsión, ante la llegada de grupos subversivos a la región, que amenazaban sus actividades delictivas.

2. En 1982 conformó el grupo armado organizado al margen de la ley que se conoció con el nombre de «Autodefensas Campesinas del Mamey», hasta el año 1995 cuando pasó a conformar las «Autodefensas Campesinas del Magdalena y Guajira» -ACMG-. Para el año 2002 creó el «Frente Resistencia Tayrona», hasta el 2005, año en el que pasó a ser el «Bloque Resistencia Tayrona», hasta la desmovilización colectiva del grupo armado ocurrida el 3 de febrero de 2006.

3. Tras su sometimiento a la Ley de Justicia y Paz, en decisión CSJ CP, 18 jul. 2007, rad. 27019 la Sala de Casación Penal emitió concepto favorable a la solicitud de extradición formulada por el gobierno de Estados Unidos de América, la cual se materializó el 13 de mayo de 2008.

4. El 18 de diciembre de 2018 la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla, condenó a HGS a la pena alternativa de 8 años de prisión, por los delitos de desaparición forzada; homicidio en persona protegida; tortura en persona protegida; secuestro

simple; secuestro extorsivo; deportaciones, expulsión, traslado y desplazamiento forzado de población civil; destrucción y apropiación de bienes protegidos; actos de terrorismo; actos de barbarie; amenazas; tratos inhumanos y degradantes en persona protegida; toma de rehenes; despojo en campo de batalla; exacciones o contribuciones arbitrarias; trata de personas; irrespeto a cadáveres; hurto; daño en bien ajeno; simulación de investidura o cargo; reclutamiento ilícito; acceso carnal con incapaz de resistir; acceso carnal violento en persona protegida; actos sexuales violentos en persona protegida; acceso carnal abusivo con menor de 14 años; prostitución forzada o esclavitud sexual; estímulo a la prostitución de menores; aborto sin consentimiento; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos; conservación o financiación de plantaciones; entrenamiento para actividades ilícitas y concierto para delinquir.

5. En el mes de enero del 2021, HGS regresó a Colombia por haber sido deportado por los Estados Unidos de América, luego de cumplir la pena impuesta en su contra por el delito de tráfico de narcóticos, por lo que en la actualidad se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario «La Paz» de Itagüí.

6. El 2 de agosto de 2021 la Fiscalía 10 delegada de la Dirección Nacional de Justicia Transicional de Barranquilla, presentó solicitud de exclusión de la lista de postulados de HGS.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: requisitos de elegibilidad / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, no es una causal establecida con la Ley 1592, sino que existe desde la expedición de la Ley 975 de 2005 / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos

«Para la defensa, la actuación se debe anular en virtud a que, a HGS le vulneraron sus derechos fundamentales al aplicar retroactivamente las causales de terminación del proceso de justicia transicional, por cuanto la Ley 975 de 2005 no establecía tal posibilidad, por tanto, su creación, a partir de la Ley 1592 de 2012, sólo cobija situaciones ocurridas a partir de su vigencia.

En este caso, GS, en condición de comandante del «Bloque Resistencia Tayrona» de las

Autodefensas Unidas de Colombia, se desmovilizó en forma colectiva el 3 de febrero de 2006, esto es, estando vigente la Ley 975 de 2005, la cual estableció un trámite judicial para las personas que hubieren decidido desmovilizarse, individual o colectivamente, y su actuar desbordara el accionar delictual meramente político. Dicha norma reguló lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales, autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos.

El artículo 10 de la Ley 975 incluye los requisitos de elegibilidad para los desmovilizados colectivamente, como es el caso de HGS, así:

[...]

Bajo ese entendido, resulta claro que el trámite, desde su inicio, le impuso a quienes se sometieron al proceso de transicional, un procedimiento, unos beneficios y al mismo tiempo unos deberes, entre los que se encuentran, garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005].

En consecuencia, contrario a lo que entiende la parte recurrente, no fue a partir de la Ley 1592 de 2012 cuando el legislador previó la exclusión del postulado de este trámite especial, ya que desde que se produjo la desmovilización, se sometió a las reglas previstas en la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, esta corporación en decisiones CSJ AP-4592-2015, 11 ag. 2015, rad. 46490 y CSJ AP5816-2016, 31 ag. 2016, rad. 48603, precisó:

[N]o fue solo a partir del 3 de diciembre del año 2012 cuando nació a la vida jurídica tal posibilidad, por tanto, tampoco es acertado sostener, como lo hace el recurrente, que [...] se encuentra sometido únicamente a los fundamentos de la Ley 975 de 2005 porque fue en su vigencia que ocurrió su desmovilización y postulación.

En efecto, antes de entrar en vigencia la Ley 1592 de 2012, ya la 975 de 2005 contemplaba la exclusión del proceso de justicia y paz ante el incumplimiento de alguno de los requisitos de elegibilidad, de tal manera que no es, como parece entenderlo el defensor, que se pretenda

imponer a [...] unas prohibiciones que ingresaron al tránsito legislativo en el año 2012 y que por tanto éste no tuvo oportunidad de conocer y decidir si se comprometía o no a su acatamiento, sino que se trata de aplicar la sanción que desde el año 2005 la ley previó para esas circunstancias.

De tal forma que la Ley 1592 de 2012 no fijó un nuevo y autónomo procedimiento al margen del ya establecido por la Ley 975 de 2005, sino que desarrolló los trámites con miras a satisfacer fines superiores como la reconciliación nacional y los derechos de las víctimas de las estructuras armadas ilegales, de cara a asegurar el cumplimiento de los compromisos de verdad, justicia, reparación, garantía de no repetición y fijación de la memoria histórica, ya previstos en el estatuto primigenio.

Entender que el acto de desmovilización sólo genera derechos, sin que a cambio el Estado exija un mínimo de compromiso para que el integrante de una organización armada ilegal pueda acceder al beneficio de una pena alternativa significativamente inferior a la que le correspondería en la justicia ordinaria, o que el trámite de la justicia transicional acoge irrestrictamente a todos los desmovilizados, sin que haya posibilidad de excluirlos del proceso, riñe con los propósitos que guían el proceso de justicia y paz. [CSJ AP5816-2016, 31 ag. 2016, rad. 48603].

Así las cosas, resulta irrazonable concebir que desde el 3 de febrero de 2006 cuando HGS se desmovilizó, hasta el 3 de diciembre de 2012, cuando entró a regir la Ley 1592 de 2012, GS contara con una especie de salvoconducto o inmunidad que le permitiera realizar actos contrarios al proceso transicional, amparado justamente en la Ley de justicia y paz, sin que ello le generara ninguna consecuencia adversa.

De hecho, antes de la incorporación del artículo 11A, al cuerpo de la Ley de Justicia y Paz, también se excluía a los postulados que incumplían sus obligaciones. Para ello se acudía al principio de complementariedad en virtud del cual se aplicaban figuras procesales del ordenamiento jurídico nacional que permitían depurar el proceso de quienes habían desistido, expresa o tácitamente, de continuar cumpliendo las obligaciones adquiridas con la desmovilización, como el archivo, la preclusión, el desistimiento y la exclusión como «mecanismo por medio del cual la Sala con Funciones de

Conocimiento de Justicia y Paz, decide expulsar del trámite previsto en la Ley 975 de 2005 al postulado —procesado o condenado—, por incumplimiento de uno de los requisitos de elegibilidad, o por faltar a las obligaciones impuestas, bien por la ley, ora en la sentencia condenatoria» [CSJ AP, 23 ag. 2011, rad. 34423].

Por tanto, si el postulado pretende ser beneficiado de las ventajas punitivas previstas en la normatividad en comento (Ley 975 de 2005), debe cumplir durante el trámite del proceso, al imponer la pena alternativa y mientras se vigila el cumplimiento de esta, los deberes que adquirió al hacer dejación voluntaria de las armas (CSJ AP, 10 abr. 2008, rad. 29472).

En síntesis, el artículo 11A que fue adicionado por la Ley 1592 de 2012 a la Ley 975 de 2005, es solo la positivización del procedimiento a seguir para la exclusión de un postulado cuando éste incumple alguna de las obligaciones adquiridas al momento de la desmovilización, compromisos estos que no encuentran límites temporales en el proceso transicional. Por tal motivo, ninguna irregularidad se presentó cuando la fiscalía solicitó la desmovilización conforme con lo previsto en el numeral 1° del artículo 11A de la referida ley, esto es, cuando el postulado incumpla los compromisos propios de la Ley de Justicia y Paz.»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, le corresponde a la fiscalía probar que procede / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, le corresponde a la fiscalía probar que procede, prueba sumaria / **PRUEBA SUMARIA** - Concepto / **PRUEBA SUMARIA** - Características / **NULIDAD** - No se configura

«En este caso, la defensa de HGS considera que, al postulado le vulneraron sus garantías fundamentales al debido proceso y a la defensa, al adelantar el presente trámite incidental con pruebas sumarias que no fueron legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, habida cuenta que las mismas no pudieron ser objeto de contradicción.

Al respecto conviene recordar que, conforme con lo señalado en el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, para acreditar la causal de exclusión, a la fiscalía le corresponde aportar «prueba sumaria de su configuración ante la Sala de Conocimiento». La Corte Constitucional en sentencia CC C-523-2009 definió la prueba sumaria como aquella que le «suministra al juez

la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer»

Conforme con lo anterior, la Sala considera que, contrario a lo señalado por la recurrente, dentro del incidente no se cometió ninguna irregularidad cuando la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla aceptó como pruebas las declaraciones rendidas dentro de varias investigaciones que se adelantan contra GS, pues las mismas cuentan con las características de prueba sumaria exigida por la norma.

Y es que si bien esas pruebas no han sido objeto de controversia dentro de dichas investigaciones, su contenido no puede ser catalogado como ilegal, pues el Decreto 3011 de 2013 es claro al indicar que la causal se puede acreditar con prueba sumaria, cuya característica principal es precisamente la ausencia de confrontación de ese medio de prueba. Lo anterior sin ignorar que en el trámite incidental la defensa y HGS, tuvieron la oportunidad de presentar sus respectivos elementos de convicción y demostrar que el contenido de las pruebas allegadas por la fiscalía es contrario a la verdad.»

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Víctimas: protección de sus derechos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: reparación, medidas para garantizarla, garantías de no repetición, concepto / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos, vulneración a las garantías de no repetición / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, oportunidad / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, la solicitud tardía de la Fiscalía, no desnaturaliza la pretensión

«La fiscalía señaló que procedió a verificar si HGS incumplió los compromisos adquiridos al momento de su desmovilización, debido a que en algunos medios de comunicación, uno impreso y otro de televisión, presentaron un especial denominado «LA VERDAD DETRÁS DE LA BURKA», en el que se indicaba que GS reincidió en comportamientos revictimizantes, cuando se contactó con menores de edad para que se desplazaran hasta la penitenciaría donde se

encontraba recluido con el fin de tener relaciones sexuales con aquél. [...]

[...] para la Sala queda claro que GS incumplió los compromisos propios del proceso de Justicia y Paz, en especial la garantía de no repetición, esto es, que no se repliquen los patrones de conducta o modus operandi contra las víctimas. Ello por cuanto, con posterioridad a su desmovilización [efectuado el 3 de febrero de 2006] se contactó con menores de edad para que asistieran hasta la cárcel donde se encontraba detenido con el propósito de sostener relaciones sexuales con ellas.

Al a quo le asistió razón cuando señaló que, con aquellos actos HGS se apartó ostensiblemente de las obligaciones adquiridas, configurándose de esta manera la causal de exclusión prevista en el numeral 1° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, esto es cuando, el postulado incumple «los compromisos propios de la presente ley».

Sobre ese aspecto resulta necesario señalar que el artículo 8° de la Ley de Justicia y Paz establece que el derecho de las víctimas comprende entre otros, una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas. En este caso, la fiscalía demostró que el postulado incurrió en actos revictimizantes cuando citó a menores de edad, varias de ellas víctimas de agresiones sexuales en el pasado, para que lo visitaran a la cárcel a sostener relaciones sexuales.

Aceptar el planteamiento de la defensa, encaminado a señalar que las entradas de las menores fueron con propósitos diferentes a los de carácter sexual, sería desconocer el relato efectuado por ellas, quienes aseguran que acudieron por miedo.

Al respecto, Y.V.A. señala que los hombres bajo el mando de HGS, iban hasta su vivienda y le advertían que tenía que acudir a los llamados de éste, de lo contrario debía asumir las consecuencias. Se trató de una práctica recurrente del postulado, quien como se manifestó en la sentencia parcial, al ostentar la condición de jefe de un grupo armado organizado al margen de la ley, en claras manifestaciones de poder, se creyó con el derecho de decidir sobre el destino de las niñas de la región y a punta de amenazas, procedió a abusar sexualmente de

ellas con el fin de satisfacer sus deseos libidinosos.

Por tanto, al A quo le asistió razón cuando indicó que insinuar que las víctimas entraron a la cárcel de manera voluntaria, es una manifestación que no es de recibo, pues se trata de otra forma de revictimizar a las menores de edad, ya que sus versiones son enfáticas y coincidentes en afirmar que acudieron ante el postulado por el temor que le tenían.

Aunque la defensa cuestiona la falta de contradicción que tuvieron esas declaraciones, tal como se referenció en el acápite 6.5. el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, prevé que, la causal de exclusión se debe acreditar con prueba sumaria. En este caso, la fiscalía presentó una serie de testimonios y documentos que resultan pertinentes y conducentes para demostrar que HGS incumplió los compromisos adquiridos cuando se acogió a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, entre los que se encuentran escritos en los que el postulado, con su puño y letra, solicitó autorización para el ingreso de las menores de edad a la cárcel donde se encontraba recluido después de su desmovilización. Aspecto que no fue desvirtuado por aquél o su defensor, quienes solo se limitaron a señalar que las pruebas sumarias habían sido obtenidas de manera ilícita, sin explicar los motivos o fundamentos de tal afirmación.

De otro lado, el hecho de que la fiscalía se haya demorado en solicitar la exclusión de HGS, no tiene la virtualidad de desnaturalizar la pretensión o tornar inexistente el hecho o los hechos que dieron lugar a la estructuración de la causal. [...]

Por tanto, a pesar de que los hechos por los que se solicita la exclusión de HGS sucedieron hace más de 15 años, tal circunstancia no le impide a la jurisdicción de Justicia y Paz, verificar si se acredita o no la causal invocada por la fiscalía, pues de no hacerlo se estaría dando un beneficio adicional que no se encuentra estipulado en la ley y se desconocería que cuando el postulado se desmoviliza acepta «voluntariamente contribuir con la reconciliación nacional conforme lo precisa el artículo segundo de la Ley 975 de 2005 modificado por la Ley 1592 de 2012, esta finalidad supone una serie de decisiones y actitudes encaminadas a dejar a tras su quehacer delictivo para ingresar a la civilidad, decisiones y actitudes que implicaban el cumplimiento de una serie de exigencias

vinculadas con el ayer delictual y el inicio de un futuro en la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia propias del nuevo rumbo» [Cfr. CSJ AP, 23 ag. 2011, rad. 34423].

En este caso, el comportamiento y la actitud desplegada por HGS va en contravía de los compromisos adquiridos cuando se sometió al proceso de justicia transicional. Lo anterior, por cuanto a pesar de haberse desmovilizado del grupo armado, GS ignoró las obligaciones y condiciones que se le impusieron, para continuar dando órdenes a quienes estuvieron bajo su mando y así lograr que ingresaran menores de edad a los sitios en los que se encontraba recluido, comportamiento similar al ejecutado cuando fungía como comandante del Bloque Resistencia Tayrona de las AUC.

Por tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por la defensa encaminados a que el postulado ha estado atento a los llamados de la justicia, pues para acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, resulta necesario el cumplimiento total de los compromisos adquiridos al momento de la desmovilización, entre los que se encuentra, garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005].

De allí que, ha de insistirse, que el cumplimiento de los objetivos del proceso transicional debe tomarse en serio, por lo que la inobservancia de los compromisos aceptados constituye una causal ineludible para apartar al postulado de la Ley de Justicia y Paz».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juzgado con

Función de Ejecución de Sentencias: su superior funcional es el Tribunal Superior / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: ostenta la condición de Juzgado del Circuito / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: recurso de apelación, su conocimiento es competencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior

La Sala de Casación Penal no se pronunció sobre los recursos de apelación propuestos por HVG, por su apoderado y por el Ministerio Público, contra el auto mediante el cual, el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional, negó la libertad a prueba al postulado condenado, al determinar que no es competente para conocer de ellos.

En consecuencia, devolvió el expediente a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que, de manera inmediata, le imprima el trámite correspondiente.

Para ello, recordó que, el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias tiene categoría del circuito, por lo que, su superior funcional es la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

AP482-2024(65511) de 07/02/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. HVG, quien militó en los Bloques Bananero, Calima y Metro de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC-, le solicitó al Juzgado Penal del Circuito con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional la concesión de la libertad a prueba.
2. El 21 de febrero de 2022, el Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional negó la libertad a prueba al postulado condenado.
3. En consecuencia, HVG, su apoderado y el Procurador 1 Judicial II Penal acudieron al recurso de apelación.
4. La titular del juzgado concedió los recursos, en el efecto devolutivo, ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.
5. El expediente fue remitido el mismo día y fue sometido a reparto al interior del Tribunal Superior de Bogotá el 22 de febrero de 2022.
6. El 19 de diciembre de 2023, la Magistrada a la que correspondió el conocimiento, se abstuvo

de resolver la apelación y remitió el expediente a la Corte Suprema de Justicia, por competencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: su superior funcional es el Tribunal Superior / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: ostenta la condición de Juzgado del Circuito / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias: recurso de apelación, su conocimiento es competencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: devuelve por competencia el expediente a la Sala de Justicia y Paz

«Esta Corporación, de manera pacífica, ha dicho que:

«i) El Acuerdo PSAA14-10109 del 21 de febrero de 2014, “Por el cual se adoptan unas medidas de descongestión para los despachos de magistrado con función de conocimiento de las Salas de Justicia y Paz de Bogotá, Barranquilla y Medellín, Distritos Judiciales del mismo nombre”, dispuso, en su artículo 3°, crear transitoriamente el Juzgado con función de Ejecución de Sentencias de las Salas de Justicia y Paz del territorio nacional, con jurisdicción en “todo el territorio nacional y [...] competencia para vigilar el cumplimiento de las penas y obligaciones impuestas a los condenados de Justicia y Paz, tal y como lo dispone el numeral 3° del inciso segundo del artículo 32 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 28 de la Ley 1592 de 2012. Su sede será en la ciudad de Bogotá”.

ii) El Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, “Por el cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional”, se dispuso, en su artículo 32, la creación definitiva del Juzgado de Ejecución de Sentencias para Justicia y Paz en comento.

iii) Adicionalmente, esta Corporación, en auto CSJ AP456, 3 feb. 2016, Rad. 47175, estableció que:

“Puede decirse que este último estrado judicial [el Juzgado Penal del Circuito con Función de Ejecución de Sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional] se encuentra, al margen de contar con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrito al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al fijarse en esa ciudad su sede y, además, porque el artículo 4° del Acuerdo PSAA14-10109 confiere a esa Corporación la labor nominadora del servidor público llamado a ejercer su titularidad. De igual manera, por cuanto al corroborar su ámbito funcional, es válido predicar que ostenta la condición de Juzgado del Circuito.

[...]

En ese orden, se vislumbra cómo en el sub examine el Tribunal del Distrito Judicial de esta ciudad funge como superior de los despachos inmersos en la discusión acerca de la autoridad que ha de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad ya señalada”.

2. Bajo las premisas anteriores, es claro que, aunque no lo comparta y requiera, en últimas, un cambio jurisprudencial al respecto, compete a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá asumir el conocimiento de los recursos de apelación propuestos por HVG, por su apoderado y por el Ministerio Público contra el auto del 21 de febrero de 2022, por ser el superior funcional del Juzgado Penal del Circuito con función de ejecución de sentencias para las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional.

Se dispondrá, por consiguiente, la devolución del expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que le imprima el trámite correspondiente.

Adicionalmente, dado que el auto controvertido fue proferido el 21 de febrero de 2022 y solo fue hasta el 19 de diciembre de 2023, esto es, casi dos años después de haberlo recibido, que la Magistrada a la que le correspondió por reparto rechazó su competencia, se le advertirá que debe darle trámite inmediato y, asimismo, pronta resolución, pues se trata de un asunto de libertad».

PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, fecha a partir de la cual se debe contabilizar /

PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** -

Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, aplicación a casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022 /

PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, no es aplicable a procesos regidos bajo la ley 600 de 2000

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió la imposibilidad jurídica de continuar con el estudio de la demanda de casación presentada por la defensa de JJLM contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia -que confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia- que declaró responsable al procesado de la conducta punible de falsedad ideológica en documento público.

Fue así como, la Sala declaró la extinción por prescripción de la acción penal y, por consiguiente, decretó, en favor del procesado, la preclusión de la actuación; ya que, la sentencia de segunda instancia se profirió el 17 de mayo de 2018, y el término de los 5 años de que trata el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, expiró el 17 de mayo de 2023.

Lo anterior, en consideración a que, la interpretación jurisprudencial más favorable, es aquella según la cual, el plazo de 5 años mencionado en el artículo 189 de la Ley 906 debe contarse a partir de la fecha en la que se profiere la sentencia de segunda instancia, sin ningún tipo de adición.

Ahora bien, sobre la regla mencionada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció dos sub reglas: i) ésta solo se aplicará en aquellos casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022, fecha en que se promulgó la Sentencia SU-126 de 2022; y ii) no es aplicable a los trámites adelantados bajo la Ley 600 de 2000.

AP749-2024(53260) de 21/02/2024

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Salvamento de voto:

Gerson Chaverra Castro

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. JJLM, ejecutivo y segundo comandante del Batallón Energético y Vial N.º 8, autorizó con su firma el acta de pago de recompensa N.º 068 de 2008. Con este documento se reconocía la suma de \$700.000 al ciudadano LHVT por, supuestamente, haber suministrado información que llevó a la muerte en combate, el 28 de marzo de 2008, de un presunto integrante de una banda criminal al servicio del narcotráfico.

2. Realizados los actos de investigación se demostró que LHVT era un desmovilizado del ELN, que no estaba registrado como cooperante del Comando de la Cuarta Brigada y que no fue él la persona que firmó el acta ni estampó su huella como beneficiario de dicha recompensa. Las pruebas de dactiloscopia permitieron establecer que la huella correspondía a ELC, un soldado adscrito a la sección de inteligencia del Batallón Energético y Vial N.º 8.

3. Adicionalmente, se estableció que el acta de pago de recompensa N.º 068 de 2008 se intentó usar para justificar, en otro proceso penal, la muerte en combate de JMCC a manos de miembros del Ejército Nacional. Sin embargo, en dicho proceso se determinaron tres cosas: (i) que la muerte de JMCC se trató de una ejecución extrajudicial cometida por miembros del Batallón Energético y Vial N.º 8; (ii) que como la supuesta operación no existió, no se utilizaron informantes en su ejecución y (iii) que los \$700.000 presuntamente pagados a LHVT nunca le fueron entregados a él ni a otra persona, sino que se los apropiaron quienes hacían parte de la sección de inteligencia del referido Batallón.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Interrupción del término: diferencias con la suspensión / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, finalidad / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, fecha a partir de la cual se debe contabilizar / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, evolución jurisprudencial / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, reglas jurisprudenciales / **PRESCRIPCIÓN** -

Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, jurisprudencia constitucional / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, aplicación a casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022 / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia, SU-126 de 2022, no es aplicable a procesos regidos bajo la ley 600 de 2000 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, sólo es posible cuando ese ejercicio no genera un traumatismo o resquebrajamiento del sistema mixto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - No es aplicable la Ley 906 de 2004: respecto a la suspensión de la prescripción a partir del fallo de segunda instancia en procesos regidos por la Ley 600 de 2000

«A diferencia de los anteriores regímenes procesales penales, el proyecto de ley que posteriormente se convertiría en la Ley 906 de 2004 contempló, por primera vez, la necesidad de establecer la suspensión del término de prescripción de la acción penal después de proferida la sentencia de segunda instancia. Esta disposición normativa tuvo como propósito claro evitar que se empleara el recurso de casación para generar la prescripción de la acción penal.

Para ello, durante los primeros debates legislativos la proposición normativa disponía lo siguiente: «Artículo 183. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción». Este texto se mantuvo incólume durante la primera parte del trámite legislativo. Sin embargo, sufrió una modificación importante al momento de aprobarse el texto definitivo del articulado de lo que sería el nuevo Código de Procedimiento en plenaria de Cámara:

«Artículo 183. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, **el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años**» (énfasis fuera del original)

De acuerdo con el contenido de las actas de las sesiones plenarias, en el debate legislativo se advirtió que no era constitucionalmente admisible suspender el término de prescripción de manera indefinida. Por el contrario, los

legisladores notaron la necesidad de precisar un término delimitado que, por un lado, garantizara el fin de la norma, es decir, que evitara que el recurso de casación fuera utilizado para buscar la prescripción de la acción penal, pero, por otro lado, garantizar que el procesado no quedara indeterminadamente bajo el poder punitivo del Estado. De esta forma se mantuvo el texto, prácticamente, durante el resto del trámite hasta que fue aprobado en la versión idéntica que conocemos hoy del artículo 189 del C.P.P.

Según los resultados que arroja el sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, durante los tres primeros años de entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no tuvo a su consideración ningún caso que planteara la necesidad de pronunciarse sobre el contenido y el alcance del artículo 189 del C.P.P.

Solo fue hasta el Auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, cuando esta Corporación definió la regla según la cual después de proferida la sentencia de segunda instancia, el término de prescripción se suspende por cinco años, pero una vez transcurridos, se reanuda el conteo del lapso restante correspondiente al término del artículo 86 del CP, esto es, el que se viene contando desde la formulación de imputación.

Así, salvo lo dispuesto en la sentencia CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325, que fue una decisión aislada, la anterior regla fijó un precedente estable y sólido con casi décadas de vigencia al interior de esta Corporación.

Para justificar esta regla, de una parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de parámetros de razonabilidad hermenéutica distinguió las expresiones «suspender» e «interrumpir» frente a lo cual señaló que “[l]a primera expresión implica «cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo»; la segunda quiere decir «detener o diferir por algún tiempo una acción u obra»” (cfr. CSJ SP4573-2019, rad. 47234). A partir de allí entendió que el artículo 189 del C.P.P. no definió un nuevo término de prescripción, sino que el cálculo que se inicia por cuenta de la formulación de la imputación se detiene (suspende) durante cinco años luego de proferida la sentencia de segunda instancia, y se reanuda nuevamente una vez expirado este último lapso.

De otra parte, esta Sala también justificó esta interpretación en la voluntad del legislador

dirigida en últimas a evitar que los procesos prescribieran en sede de casación, o dicho en otras palabras, garantizar que este mecanismo excepcional no se convirtiera en una alternativa que posibilitara la evasión de la administración de justicia y por tanto un escenario de impunidad.

Los anteriores argumentos reflejan que el criterio que se desprende del precedente definido en CSJ 21 mar. 2007, rad. 19867 no obedeció a razones caprichosas o arbitrarias. Por el contrario, tuvo origen en una serie de motivaciones desarrolladas amplia y suficientemente durante varios años por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su condición de órgano de cierre e intérprete autorizado de su jurisdicción dentro de parámetros de razonabilidad a partir de apreciaciones constitucionalmente admisibles.

Ahora bien, el 7 de abril de 2022 la Corte Constitucional profirió la Sentencia CC SU-126 de 2022. En esa decisión se analizó el alcance del término de «cinco (5) años» previsto en los artículos 352 de la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar) y el artículo 189 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que contienen la misma proposición normativa

[...]

En resumen, a diferencia de la posición consistente y reiterada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional estableció que al término de cinco años mencionado en las normas precitadas no puede agregársele, por vía de interpretación, un solo día adicional para efectos de determinar la fecha de prescripción de la acción penal.

Sin embargo, la CC SU-126 de 2022 no estableció con precisión desde cuándo debe contarse exactamente el término de prescripción en esta etapa del proceso. De hecho, en esa providencia se habla indistintamente de tres momentos diferentes:

Por ejemplo, en algunos apartados acudió al tenor literal de la proposición normativa según el cual «[p]roferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.» (CC SU-126 de 2022, párr. 41, 42 y 53.4);

En otros, se indica que «la Sala de Casación sólo tendría un término perentorio de hasta cinco (5) años contados desde la notificación de la

sentencia de segunda instancia» (CC SU 126 de 2022. Párr. 53.6);

Incluso hay otros donde manifiesta que «los cinco (5) años de que tratan el artículo 352 de la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar) y/o del artículo 189 de la Ley 906 de 2004 deben contarse a partir del momento en que se ha interpuesto el recurso correspondiente pues, de otro modo, la Sala de Casación Penal tendría que comenzar a ocuparse de resolver asuntos que aún no han sido sometidos a su conocimiento» (CC SU-126 de 2022, párr. 57). [subrayas fuera de texto]

Esta indeterminación fue superada en la sentencia CC C-294 de 2022, reiterada con claridad en la CC SU-214 de 2023, notificada a esta Sala el pasado 28 de julio de 2023. Específicamente, en esta última decisión, la Corte Constitucional reiteró lo dispuesto en CC SU-126 de 2022, en el sentido de insistir en que «el lapso de cinco años previsto en la norma es un término perentorio para dictar la sentencia de casación que no puede extenderse ni un solo día más, so pena de que opere la prescripción de la acción sancionatoria». Adicionalmente, aclaró que «se entiende que el periodo en el que transcurre [el término de los cinco años], debe contabilizarse desde que se dicta la sentencia de segunda instancia, esto es, desde el día en que se adopta la providencia -no desde que se le da lectura-, momento a partir del cual es inmodificable dicha decisión».

En efecto, este último criterio se ajusta con mayor precisión a lo dispuesto reiteradamente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con la fecha a partir de la cual se debe contabilizar este término. En concreto, la línea de esta Sala ha sostenido, de manera clara, unánime y consistente, que la fecha a partir de la cual se cuenta el término de suspensión de la prescripción es cuando se profiere la sentencia de segundo grado, esto es, «no en la fecha en que se efectúa lectura del fallo, sino aquella en la que se da su aprobación»

Ante este panorama y dada la naturaleza sustancial de la figura de la prescripción como una garantía para el procesado, esta Sala se remitirá en lo sucesivo a la lectura e interpretación más restrictiva del término por ser la alternativa hermenéutica más favorable para éste. Así, el plazo de cinco años mencionado en el artículo 189 de la Ley 906 debe contarse a partir

de la fecha en la que se profiere la sentencia de segunda instancia, sin ningún tipo de adición.

Ahora bien, como no se trata de aplicar irreflexivamente este criterio, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considera necesario formular las siguientes dos precisiones:

Primera. La regla descrita (supra párr. 29) solo se aplicará en aquellos casos que aún no han sido decididos en sede de casación o cuya decisión se produjo con posterioridad al 7 de abril de 2022, fecha en que se promulgó la Sentencia CC SU-126 de 2022.

La aplicación de esta sub-regla tiene justificación en el hecho de que las sentencias, por regla general, incluso las de la Corte Constitucional, solo tienen efectos hacia el futuro. En consecuencia, no podrá alegarse la configuración del fenómeno prescriptivo con base en el parámetro definido en la CC SU-126 de 2022 en aquellos asuntos fallados con anterioridad al 7 de abril de 2022, pues fueron decididos con base en el precedente vigente para el momento -e incuestionado constitucionalmente hasta entonces- definido a partir de criterios razonables de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción penal en el país.

En ese sentido, esta Sala expresa dos consideraciones específicas en relación con las decisiones adoptadas antes del 7 de abril de 2022: de un lado, no podrá argumentarse que fueron producto de una vía de hecho judicial o de un escenario caprichoso o arbitrario en la determinación del término prescriptivo, pues, se insiste, están fundadas en un criterio con autoridad y justificado, producto de una interpretación razonable que, en su momento, fue considerada ajustada a derecho y acorde a la Constitución, motivo por el cual la integridad de dichas decisiones judiciales se mantendrá

incólume. De otro lado, se precisa que tampoco pueden ser revisadas bajo la causal 7ª del artículo 192 del C.P.P., pues el parámetro fijado en esta providencia no constituye un ajuste o variación del precedente respecto de criterios que definen «la responsabilidad» o «la punibilidad», ámbitos estrictamente delimitados para los cuales está restringida tal posibilidad.

Segunda. La regla definida en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004 no es aplicable a los trámites adelantados bajo la Ley 600 de 2000.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han sostenido que, si bien el principio de favorabilidad permite aplicar normas de la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, ello solo es posible cuando «no se refieren a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos». En otros términos, si se trata de instituciones estructurales y características del nuevo sistema, pero sin referente en el anterior, no podrá tener aplicación el principio en mención.

Lo anterior no se cumple con el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, en relación con la Ley 600 de 2000. La suspensión del término de prescripción de la acción penal con la sentencia de segunda instancia es una medida propia del modelo oral de tendencia acusatoria. Esta regla se relaciona con otras inherentes a dicho régimen, que fueron instauradas para darle celeridad al trámite y evitar la impunidad. No solo no existe, pues, una norma similar en el sistema básicamente escritural de la Ley 600 de 2000, sino que la misma solo adquiere sentido y se explica en razón del modelo introducido con la Ley 906 de 2000. De hecho, aplicarla de forma extensiva al régimen de la Ley 600 de 2000 resultaría más gravoso y, por tanto, desfavorable para los procesados».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9408
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá