



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Mayo 31 de 2023 n.º 05

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>

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

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

En esta oportunidad la Corte casó la sentencia, en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado, a partir del 25 de abril de 2011, y disponer la cesación del procedimiento a favor de J.O.G y F.A.R.S., por cuanto la acción penal en relación con el delito de fraude procesal, se extinguió por prescripción.

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

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

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

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

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor del

Magistrado Ponente:
Diego Eugenio Corredor Beltrán

Salvamento de voto:
Luis Antonio Hernández Barbosa
Gerson Chaverra Castro
Jose Francisco Acuña Vizcaya
Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de marzo de 1993, J.O.G. le permutó a F.A.R.S., el vehículo de servicio público tipo taxi de placas [...].
2. F.A.R.S., le vendió el vehículo de placas [...] junto con el cupo de servicio público a O.L.F. -hecho conocido por J.O.G.-, quien, el 25 de julio de 1998, se lo vendió a A.J.B.R., el cual, a partir de esa fecha lo poseyó y usó.
3. Al tiempo, F.A.R.S., en connivencia con J.O.G., el 17 de febrero de 2002 le vendió el cupo del servicio público de transporte del vehículo de placas [...] al señor E.A.G., quien a su vez lo vendió a F.E.C.H., ésta a la empresa [...]. y la última a J.R.S.G., junto con el vehículo de placas [...].
4. El 26 de marzo de 2003, J.O.G. solicitó la cancelación de la matrícula y de la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], alegando falsamente que el rodante había sido destruido, pues, sabía que el vehículo junto con el cupo estaba en posesión y uso de otra persona, para lo cual utilizó varios documentos espurios.
5. Con fundamento en lo anterior, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, el 7 de abril de 2003, comunicó que a partir de esa fecha se canceló la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...]. Y, el 24 de abril de 2003 se aprobó el trámite de matrícula del vehículo de placas [...], a nombre de JRSG, en reposición del rodante de placas [...].

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE PROCESAL - Antecedentes legislativos
/ **FRAUDE PROCESAL** - Evolución legislativa
/ **FRAUDE PROCESAL** - Derecho comparado

/ **FRAUDE PROCESAL** - Delito autónomo
/ **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado
/ **FRAUDE PROCESAL** - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público

Como consecuencia de los avances en la ciencia jurídico-penal de la teoría del delito que, indudablemente, irradió la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el 5 de diciembre de 1979 la Comisión Redactora del Código Penal le entregó al Presidente de la República de la época un anteproyecto de Código Penal, que se basó en el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia y en el proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, que finalmente se materializó en el Decreto Ley 100 de 1980.

En el proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, en el título IV denominado “De los delitos contra la administración de justicia”, se introdujo un capítulo sexto que abarca ocho artículos, en los que se tipificó por primera vez el delito denominado fraude procesal -art. 229- entre otras conductas [...]

La incorporación de este tipo penal, en la forma descrita en el proyecto del 3 de agosto de 1978, operó por influencia del Código Penal Italiano, como se puede percibir de su texto, al punto que las normas coinciden en lo fundamental, pues, en ambas se sanciona a quien, en el curso de un proceso civil, administrativo o penal, cambie de manera artificiosa el estado de lugares, cosas o personas, con la finalidad de engañar o inducir en error a una autoridad administrativa, judicial o a una auxiliar de la justicia.

[...]

La mención que se hizo respecto de que el fraude procesal es una manifestación de la estafa, no es fortuita ni aventurada, sino que encuentra sustento en la legislación comparada, en la cual se denomina estafa procesal; así, en España, la estafa procesal, aunque se encuentra separada del tipo penal de estafa, se concibe como agravante de ella; en contrario, en Alemania y Argentina, carece de tipificación autónoma y se entiende como una de las modalidades de fraude que abarca la figura genérica de la estafa,

verificándose, como común denominador, que se trata de un delito patrimonial, a pesar de sus particularidades.

Pese a ello, el texto finalmente aprobado por la Comisión Asesora para la redacción del nuevo Código Penal, que se convirtió en el Decreto 100 de 1980, incluyó el delito de fraude procesal como conducta autónoma, que tutela el bien jurídico de la administración de justicia, del siguiente tenor: “Artículo 182. Fraude Procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

El simple cotejo del texto del proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, con la norma que finalmente fue promulgada, deja en evidencia las profundas modificaciones que se introdujeron al tipo penal de fraude procesal, pues, en el primero se sancionaba la transformación de la realidad, con la finalidad de inducir en error a la autoridad judicial o administrativa, al tanto que en la segunda lo que se reprocha es que se induzca en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, con la finalidad de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; es decir, lo que, conforme al proyecto inicial, constituía un ingrediente subjetivo del tipo penal -con el fin de inducir en error-, se convirtió en la acción punible -induzca en error-, circunstancia que resulta trascendental de cara al análisis que más adelante se obliga realizar con el fin de determinar el momento consumativo del delito de fraude procesal.

La expedición de la Ley 599 de 2000, no modificó la descripción del delito de fraude procesal, sin embargo, significó un cambio en el bien jurídico protegido, pues, introdujo un Título XVI, denominado “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, en el que se incluyó, en el capítulo séptimo, en el artículo 453, la referida conducta.

El cambio del fin de protección de la norma, se explicó en la exposición de motivos de la del proyecto de ley N° 40 de 1998 -Senado- -Por medio del cual se expide el Código Penal-, de la siguiente manera:

“Los funcionarios judiciales conforme al Estado Social de Derecho que se impone tiene como

principal finalidad el servicio a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2). Esa misión de suyo debe ser eficaz y recta. Así se enfatiza la propuesta.

El proyecto modifica la terminología y denomina el título “delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, toda vez que el concepto de administración de justicia, tal como lo resalta la doctrina, está afectado por la ideología liberal e individualista resultante del pensamiento de los revolucionarios franceses, para quienes esta función era secundaria en la relación con la de legislar (Fix Zamudio, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional).

Pero además, se resalta, no se trata de proteger sólo los atentados contra la justicia en términos de organización formal, sino todo agravio o atentado contra los mecanismos por medio de los cuales se discierne y se reconoce el derecho”.

Como se ve, en nuestro país el legislador optó por tipificar como tipo penal autónomo la conducta consistente en inducir en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley; resultando ajeno a la descripción típica si el sujeto activo obtiene o no el acto contrario a la ley o los efectos patrimoniales que ello pueda generar, pues, el bien jurídico tutelado es la eficaz y recta impartición de justicia, que se relaciona con el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir, decidir y reconocer el derecho de manera recta y eficaz, sin ningún tipo de intromisión o intrusión (menos aún de carácter fraudulenta y dolosa), así como la correlativa confianza que tiene la sociedad de que así, precisamente, ocurrirá.

JURISPRUDENCIA - Variación / **FRAUDE PROCESAL** - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto activo, monosubjetivo e indeterminado / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: objeto material / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto pasivo determinado, servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: normativo, medio fraudulento como instrumento engañoso

/ **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento, idoneidad / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: el medio fraudulento debe tener la capacidad para hacer inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de mera conducta: no requiere que el agente induzca efectivamente en error al funcionario público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de peligro / **FRAUDE PROCESAL** - Derecho comparado / **FRAUDE PROCESAL** - Análisis doctrinario / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir / **FRAUDE PROCESAL** - Perfeccionamiento: cuando se induce en error al funcionario / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: cuando se utiliza medio fraudulento para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Evolución legislativa / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: diferencias entre consumación y agotamiento / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: está orientado a proteger las actuaciones judiciales y administrativas de conductas fraudulentas idóneas para inducir en error al servidor Público / **FRAUDE PROCESAL** - Dolo / **DOLO** - Elementos / **DOLO** - Demostración / **TIPO PENAL** - Conceptos: de mera conducta o de resultado y de conducta instantánea, permanente o de estado / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de estado / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir, no mantener en error / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, hace parte del agotamiento de la conducta

El artículo 453 de la Ley 599 de 2000, reza:

“Fraude Procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley...”.

De la lectura de la descripción típica se logra extraer que se trata de un tipo penal monosubjetivo -describe la conducta realizada por un sujeto-, común -dado que no exige ninguna condición especial del autor para

ejecutar la conducta- y el objeto material de la acción ha de ser un servidor público con capacidad funcional de emitir una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

El empleo de cualquier medio fraudulento corresponde a la circunstancia de modo, a través de la cual se ejecuta la acción -inducir en error-; por lo tanto, el medio fraudulento debe ser idóneo para producir la inducción en error del servidor público.

[...]

Ahora bien, como quedo visto en las conclusiones del capítulo anterior, la Corte ha señalado que el fraude procesal es un delito de mera conducta y de peligro concreto, en aras de significar que basta la amenaza más o menos intensa respecto del objeto de la acción -servidor público-, para entenderlo consumado, de donde ha concluido que no es indispensable que el servidor público efectivamente haya sido engañado, sino que el medio utilizado tenga la potencialidad suficiente para ello (CSJ SP, 29 abr. 1998, Rad. 13426; CSJ, SP, 2 sept. 2002, Rad. 17703; CSJ SP7740-2016, Rad. 42682 08/06/2016).

Tal concepción encuentra apoyo en algunos doctrinantes, para quienes el error no es un elemento autónomo genérico del tipo penal de estafa. En este punto, se debe recordar, como se dijo al inicio, que en algunos países iberoamericanos la conducta que ahora se analiza se conoce como estafa procesal, de ahí la mención al delito genérico.

Así, el español Gómez Benítez considera que el tipo genérico de estafa del Código Penal de ese país -en el que se incluye la estafa procesal- no alude al estado de error en el engañado, pues, la norma sólo se refiere a los que “utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”, de donde concluye que “el error no es más que el punto de referencia del nivel de idoneidad del engaño típico, y no un estado psíquico efectivo producido por el engaño”, por lo que la relación de imputación objetiva “no viene a establecer la relación existente entre engaño y error, sino entre engaño y acto de disposición perjudicial”, de modo que considera incorrecto incluir en el concepto general de estafa, la efectiva constatación de dicho estado psíquico, en tanto, solo se requiere de la idoneidad del engaño.

Siguiendo a Gómez Benítez, el chileno Balmaceda Hoyos, refiere que: “el error tendría que aparecer como un “punto de referencia” para una descripción típica adecuada del engaño, el que, sólo sería típico en la medida en que sea “idóneo para generar un error”. Por ello, sostenemos que el error cumpliría únicamente el papel de delimitar a los engaños típicos”. De la misma opinión, el autor Hernández-Romo Valencia, citado por la Corte en la decisión CSJ SP7740-2016, Rad. 42682.

Sin embargo, un reexamen del texto legal contenido en el actual artículo 453 del Código Penal colombiano, el cual difiere mucho de legislaciones foráneas, advierte que el legislador ha querido que el engaño tenga una manifestación subjetiva real en el sujeto pasivo, que se concrete en el error, pues, la acción jurídicamente desaprobada consiste, precisamente, en inducir en error al servidor público, del tal modo que la conducta no se consuma apenas con la acción engañosa del actor, sino que demanda un efecto sobre el accionado, no otro distinto a la efectiva condición psicológica del funcionario.

En efecto, el verbo transitivo inducir es definido por la Real Academia de la Lengua Española como “1. tr. Mover a alguien o darle motivo para ello. 2. Tr. Provocar o causar algo”. Por su parte, error es definido como “1. M. Concepto equivocado o juicio falso. 2. M. Acción desacertada o equivocada. 3. M. Cosa hecha erradamente.”, de donde surge, entonces, que el autor debe provocar o causar el error en el servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, de modo que si no se logra engañar al servidor público, la conducta será atípica o tentada, dependiendo del caso (la idoneidad del medio o la intervención de un agente externo que impida ese efecto).

En este punto, encuentra la Sala relevante indicar que sobre el verbo rector “inducir” contenido en los tipos penales de actos sexuales con menor de catorce años -artículo 209 del Código Penal- y concusión -artículo 404-, la Sala ha exigido para su acreditación, que la acción inductora produzca un resultado en el inducido, que se concreta en provocar que el otro haga algo.

[...]

Dicho esto, y volviendo al análisis del tipo penal de fraude procesal, se tiene que el error es una equivocada representación de la realidad, por lo

que la acción de inducir en error al servidor público debe suponer provocar o causar en esta persona un conocimiento erróneo, mediante el empleo de medios fraudulentos idóneos para ello, no sólo en razón de su potencialidad intrínseca, sino en atención a las calidades específicas del funcionario; por lo tanto, para la consumación de la conducta punible se requerirá la formación de un error en la mente de la víctima, hecho que debe tener un fundamento fáctico, un soporte real, a partir del cual se pueda objetivar su existencia, hito que marca la consumación del delito, precisamente, porque lo que se protege es el derecho del sujeto pasivo de la conducta -el servidor público- frente al autor, de no ser perturbado en su orientación.

[...]

Además, reúne la posición de algunos doctrinantes, para quienes el error sí es un ingrediente autónomo del tipo penal. Así, Bacigalupo refiere, de cara a la descripción de la estafa del Código Penal español, que el tipo penal “habla de una disposición patrimonial inducida por el error y ello sólo parece compatible con una representación falsa del sujeto pasivo provocada por el engaño”; por lo tanto, para este autor, el problema “se relaciona con la intensidad de la falsa representación del sujeto pasivo, especialmente con la significación de las dudas del mismo sobre la veracidad de la información recibida”, y concluye que no se requiere que el sujeto pasivo esté absolutamente seguro de la verdad de la información, basta una representación como más probable que improbable sobre la verdad de la información. Por la misma senda, JCerezo Mir, para quien “La conducta engañosa de la parte tiene que inducir en error al juez”

Por lo anterior, la acción del tipo objetivo -inducir en error- se concreta cuando los medios fraudulentos idóneos empleados por el autor, producen en la mente del servidor público un concepto que no corresponde a la realidad, error que debe tener un soporte real, a partir del cual se pueda objetivar su existencia, de tal modo que el delito de fraude procesal se entiende consumado a partir de la exteriorización de un acto desplegado por el servidor público, que se relacione de manera concreta con el medio inductor y manifieste allí su concepción acerca de la que entiende veracidad o realidad del mismo.

Es decir, el delito de fraude procesal se consuma a partir de la exteriorización del primer acto de

disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso y lo entienda y valore como veraz.

Una interpretación conforme con la cual el delito de fraude procesal es un delito de mera conducta y se consuma con el sólo empleo de medios fraudulentos idóneos que tengan la potencialidad suficiente para inducir en error al servidor público, se acompañaría con la descripción del tipo penal propuesto en el proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, antes de la expedición del Decreto Ley 100 de 1980, según el cual, la inducción en error se erigía en ingrediente subjetivo del tipo penal; sin embargo, no fue esta la norma finalmente aprobada por el Gobierno - con la expedición del Decreto Ley 100 de 1980- y por el Legislador -Ley 599 de 2000-.

Por lo tanto, de la descripción del tipo penal fácilmente se infiere que la acción proscrita no se satisface con el sólo uso de medios fraudulentos idóneos, sino con la inducción en error del servidor público, que se traduce en un hecho exterior, objetivado, que dé cuenta de su ocurrencia, sin que éste llegue a confundirse con el elemento previsto en el ingrediente subjetivo del tipo: la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

En consecuencia, no puede estimarse delito de mera conducta una descripción típica que para su completa configuración exige de un acto o efecto concreto, ajeno a la acción u omisión misma.

En este punto, debe aclararse que, algunas veces, el primer acto desplegado por el servidor público, motivado por el engaño perpetrado por el autor - hecho que exterioriza la inducción en error, es decir, la ejecución de la acción punible- puede coincidir con el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo pretendido por el sujeto activo del comportamiento, lo que implica que el delito se consuma y agota en el mismo momento, mas no es una situación que se presente en todos los casos.

Así, entonces, ello ocurre cuando entre el empleo del medio fraudulento y el acto de disposición jurídica del servidor público no media nada distinto que la decisión pretendida por el autor. Por supuesto que la concreción de dicha contingencia se encuentra supeditada a la naturaleza del trámite que concite la atención del

autor del delito, sea este de naturaleza judicial o administrativa (ambos en sus diversas tipologías).

Sin embargo, ello no sucede siempre, precisamente porque la efectiva obtención de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, pretendido por el autor, guarda relación con el agotamiento de la conducta, pero no con su consumación, fenómeno que ocurre, se insiste, a partir del momento en que el servidor público es inducido en error que se manifiesta en un acto objetivo, evidente, inequívoco, con independencia de que se obtenga o no el acto pretendido por el sujeto activo.

Por ello, es viable que el servidor público haya sido efectivamente inducido en error, pero que, por diversas causas, no profiera la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; casos en los que, indudablemente, el delito de fraude procesal se entiende consumado, siempre que ese error haya sido determinante para realizar el servidor un acto de trascendencia funcional distinto al pretendido finalísticamente por el autor.

A título simplemente ejemplificativo, para referir al punto, puede señalarse el caso en el cual se presenta por el sujeto interesado una declaración falsa que referencia un hecho concreto al objeto del proceso, y así lo asume el juez en su estudio, pero del examen conjunto de todos los medios de prueba llega a decisión contraria a la pretendida por el agente activo.

En este punto resulta del todo relevante indicar que el tipo penal de fraude procesal es un comportamiento exclusivamente doloso, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo, que exige que quien realiza la conducta tenga conciencia de que es objetivamente típica, y el volitivo, que comporta querer realizarla, lo cual implica que el sujeto activo debe saber que está empleando un medio fraudulento para inducir en error al servidor público, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley y querer realizar ese comportamiento; aspectos que han de estar acreditados más allá de toda duda razonable.

Sobre esto último, la Sala ha sostenido que la prueba del dolo, como categoría jurídica que califica objetivamente un fenómeno eminentemente interno, difícilmente encuentra acreditación a través de medios de prueba

directos, por manera que en no pocas oportunidades debe sustentarse en la valoración de los actos externos a través de los cuales esa voluntad y querer de trasgredir la norma se materializan y que permiten, a la luz de los postulados de la sana crítica, arribar a la certeza racional sobre un asunto que de otra manera permanecería en su fuero íntimo (CSJ SP2011-2018, Rad. 50950; CSJ SP1281-2021, Rad. 56718; CSJ SP1866-2021, Rad. 57979, entre otras).

Ahora bien, como ya quedó visto en acápite anterior, la Corte de manera reiterada ha señalado que el delito de fraude procesal es un tipo penal de ejecución permanente, en la medida en que se sigue ejecutando durante todo el tiempo que el servidor público se encuentra en error, por lo que la conducta se consume a partir del último acto de inducción en error, momento a partir del cual empieza a correr el término de la prescripción.

En cuanto a la comprensión del concepto “último acto de inducción en error”, la Sala no ha sido lo suficientemente asertiva y clara, y con ello, ha incurrido en ambivalencias conceptuales que corresponde ahora superar.

Así, aunque en todos sus pronunciamientos la Sala ha señalado que el tipo penal de fraude procesal no exige la obtención del resultado finalístico pretendido por el autor, es decir, el proferimiento de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, contradictoriamente ha vinculado la consumación del delito con ese resultado. En ese contexto, se ha señalado que el último acto de inducción en error coincide con el momento en que cesan los efectos o las consecuencias de la decisión contraria, con la ejecutoria de la decisión ilícita, o aún después, si se requieren actos posteriores a su ejecución, con la inscripción del registro espurio, o más allá, con su cancelación, según corresponda.

Tal interpretación es discutible o debatible por las siguientes razones: (i) confunde la consumación con el agotamiento del delito, como si se trataran del mismo fenómeno, a tal punto que, frente a conductas ya agotadas, se indica que aún se están ejecutando; (ii) no resuelve los casos en donde no se produce el resultado, al margen de su causa, (iii) termina por confundir el tipo penal permanente con los efectos permanentes del delito; y (iv) desdice de su propia tesis de delito de mera conducta, que, por su

naturaleza, no reclama resultado, ni mucho menos, los efectos del mismo.

Pues bien, en este punto cobra relevancia indicar que los tipos penales se clasifican, en función de su contenido y, en concreto, sobre su realización o duración, en delitos instantáneos, permanentes o de estado [...]

[...]

Con esta claridad, y conforme la redacción del artículo 453 del Código Penal, debe necesariamente concluirse que el delito de fraude procesal no es un delito permanente sino un tipo penal de estado, pues, aunque crea un estado antijurídico duradero -el periodo en el que el servidor público permanece en el error, que puede ser indefinido-, la consumación del delito se concreta desde la aparición de éste -el error en el servidor público-, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento, a tal punto que no castiga mantener en error al servidor público sino inducirlo en error, lo que significa que el delito se consume en el mismo momento en el que se realiza el verbo del tipo objetivo; por lo que resulta del todo inocuo si el sujeto activo obtiene o no una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, o los efectos que ello pueda producir.

En otras palabras, el tipo penal de fraude procesal no exige para su consumación que desaparezca el estado antijurídico creado -el error en el servidor público-, como si ocurre con los tipos penales de ejecución permanente en los que el estado consumativo (antijurídico) se prolonga en la línea del tiempo, sin que se reiteren los elementos del tipo, tal y como ocurre, por ejemplo, con los delitos de desaparición forzada (artículo 165 del Código Penal), secuestro (artículo 168), desplazamiento forzado (artículo 180), fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 186), concierto para delinquir (artículo 340), entre otros.

En conclusión, en la generalidad de los casos, cuando el sujeto activo realiza una sola conducta mediante la cual induzca en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos idóneos, con la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, el delito de fraude procesal se consume a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso y lo entienda y valore como

veraz; con independencia de si el servidor público emite o no la decisión pretendida, pues, ello hace parte del agotamiento de la conducta, fenómeno que es posterior a la consumación.

FRAUDE PROCESAL - Delito continuado / **DELITO CONTINUADO** - Diferencia con el delito de ejecución permanente / **DELITO CONTINUADO** - Configuración: requiere dolo unitario, global o de conjunto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: límite óptico, agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo: diferencias entre consumación y agotamiento / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **FRAUDE PROCESAL** - Puede concursar con falsedad, falso testimonio o estafa / **UNIDAD DE ACCIÓN** - Concepto / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Delito de ejecución instantánea: cometido a través de varios actos, unidad de acción, explicación / **DELITO CONTINUADO** - Cuando es la ejecución de varios delitos de ejecución instantánea / **PRESCRIPCIÓN** - Delito continuado / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: consumación, a partir del último acto que indujo en error

En esos eventos, es decir, cuando al interior de una actuación judicial o administrativa el servidor público es inducido varias veces en error -pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión- y se determine que esos actos plurales se encuentran atados a un único designio criminal -dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención- identificable por la finalidad -finalidad única- a tal punto que se pueda concluir que esa pluralidad de acciones u omisiones componen una unidad de acción final, se está en presencia de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado, tal y como se explicará a continuación.

[...]

Ahora bien, la diferencia entre el delito de ejecución permanente y el delito continuado, radica en que en el primero se mantiene el estado consumativo sin que, se insiste, se repitan todos los elementos típicamente requeridos, como sucede en el delito continuado.

Dicho esto, no cabe duda, como lo ha señalado la Sala, que el proceso se configura mediante un conjunto de plurales actuaciones sucesivas organizadas lógicamente, orientadas a que un funcionario resuelva una controversia o tome una determinada decisión, por lo que es perfectamente posible que en curso de una actuación judicial o administrativa, el sujeto activo induzca en repetidas ocasiones al servidor público, con la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

En esos eventos, cada vez que, mediante la utilización de cualquier medio fraudulento, el servidor público sea inducido en error, hecho que se concreta con la exteriorización de un acto desplegado por el funcionario, que se relacione de manera concreta con el medio inductor y manifieste allí su concepción y lo entienda y valore como veraz, se actualiza el tipo penal de fraude procesal; sin embargo, si esa pluralidad de actos típicos se encuentran ligados fenomenológica y jurídicamente por un dolo global o conjunto y, además, una finalidad única, que para el caso se relaciona con la intención de que el servidor público emita una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, entonces deberá concluirse que se trata de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado.

Sobre esto último, resulta del todo trascendente indicar que el límite óptico del delito continuado es, como resulta natural, el agotamiento de la conducta, de modo que cuando el tipo penal se agota con la obtención de la finalidad pretendida por el sujeto activo, que para el caso del delito de fraude procesal lo es cuando el servidor público profiere la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el autor, los actos posteriores deberán analizarse de manera autónoma.

[...]

[...] no puede afirmarse, sin contrariar la dogmática y la lógica jurídica, que un delito ya agotado -fenómeno que ocurre, en el caso del

fraude procesal, cuando se emite la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo- se siga cometiendo, para concluir, como lo ha venido haciendo la Sala, que el fraude procesal se consuma, en esos casos, con la ejecutoria de la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley; o con la realización de los actos posteriores requeridos para su ejecución; o hasta cuando cesan los efectos del último acto que induce en error al funcionario judicial; o con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente.

Cada uno de estos eventos son posteriores al agotamiento de la conducta, por lo que la consumación del delito de fraude procesal no se puede extender a ellos, pues, como resulta natural, este último fenómeno -la consumación- es anterior al primero -el agotamiento-.

Por lo tanto, si después de agotado el delito de fraude procesal, el sujeto activo realiza otras conductas relevantes para el derecho penal, sea que éstas afecten o no el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia u otro diverso, está claro que esos nuevos hechos o comportamientos posteriores deben entenderse completamente ajenos al delito unitario o continuado de fraude procesal -dependiendo del caso- por el cual se adelantó la investigación. Por consecuencia de ello, han de ser los funcionarios competentes quienes deberán, con base en la naturaleza y efectos de esas actuaciones, determinar su naturaleza típica y la posibilidad o no de adelantar una pretensión penal.

Así, la Corte no desconoce que una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, que se ha emitido como consecuencia de un error en el que dolosamente fue inducido el servidor público que la profirió, puede generar efectos jurídicos y materiales adversos para un tercero, piénsese, por ejemplo, en un ciudadano que, en virtud del acto ilícito, es despojado jurídicamente de un bien inmueble o de un vehículo de su propiedad; sin embargo, debe insistirse, lo que el tipo penal de fraude procesal no protege el derecho del ciudadano perjudicado en su patrimonio con la decisión del funcionario judicial o administrativo, sino la eficaz y recta impartición de justicia, que se relaciona con el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir, decidir y reconocer el derecho de manera recta y eficaz, sin ningún tipo de intromisión o intrusión (menos aún de

carácter fraudulenta y dolosa), así como la correlativa confianza que tiene la sociedad de que así, precisamente, ocurrirá.

Entonces, en aquellos eventos en los que se obtenga una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, y con ello se produzca un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, podría verificarse el fenómeno del concurso real o efectivo de tipos (heterogéneo y sucesivo con estafa), dado que, aunque existan medios fraudulentos comunes en la realización de los dos comportamientos, éstos son materialmente separables y afectan diferentes bienes jurídicos; situación que ha sido reconocida en muchas ocasiones por nuestra jurisprudencia (CSJ SP, 22 agost. 1989, CSJ SP, 14 agost. 2012, rad. 38822).

La solución que ahora se plantea no es novedosa, la Corte en reiteradas oportunidades ha considerado que es perfectamente viable que se presente un delito continuado; es el caso, por ejemplo, del prevaricato por acción, cuando en el curso de un proceso judicial, el funcionario emite varias decisiones que, aunque individualmente consideradas son típicas del referido comportamiento, se encuentran atadas a un mismo dolo y finalidad, que, coincide con la intención del funcionario de emitir una providencia manifiestamente contraria a la ley.

Así, por ejemplo, en la decisión CSJ SP467-2020, Rad. 55368, la Corte después de concluir que la procesada en su condición de Juez Segunda Civil del Circuito de Buga, al interior de proceso de expropiación judicial emitió varias decisiones manifiestamente contrarias a la ley -en un plano objetivo y subjetivo-, concluyó que todas corresponden a una sola acción y comparten una misma finalidad, esto es, aprobar el máximo valor del avalúo sobre el bien inmueble a expropiar, con el fin de obtener un mayor beneficio sobre su precio, lo que da lugar a estructurar el prevaricato por acción como delito continuado.

[...]

Lo mismo ocurrió en la decisión, CSJ SP641-2021, Rad. 49197, oportunidad en la que se consideró que los autos del 13 de junio y 14 de julio de 2008 -que no repuso el anterior-, mediante los cuales el procesado en su condición de Juez Civil del Circuito, se abstuvo de admitir una demanda y de acumularla a un proceso ejecutivo que él mismo tramitaba, configuraba

una única conducta de prevaricato por acción en la modalidad de delito continuado, en tanto que (i) ambas decisiones realizaban el mismo tipo penal; (ii) se caracterizaban por su homogeneidad, dado que el juez conculcó el mismo precepto, incurrió en el mismo yerro y justificó su posición bajo similares argumentos; (iii) correspondían a una misma finalidad; y, (iv) guardaban una relación de dependencia no solo por la materia de que tratan sino además porque la existencia misma del auto del 14 de julio de 2008 -auto por medio del cual se resolvió el recurso de reposición-, depende necesariamente del primero .

Por último, debe indicarse que el delito continuado se entiende consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción, o, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado la Sala, a partir del último acto, fecha a partir de la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción (CSJ SP, 18 jun. 2008, Rad. 28562; CSJ AP2834-2014, Rad. 43803); en consecuencia, el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado se entenderá consumado a partir del último acto que efectivamente indujo en error.

FRAUDE PROCESAL - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito autónomo / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos que lo estructuran / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto activo, monosubjetivo e indeterminado / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de resultado / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: sujeto pasivo determinado, servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: ingrediente subjetivo, finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, hace parte del agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: objeto material / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Verbo rector: inducir / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento, idoneidad / **FRAUDE PROCESAL** - Elementos: medio fraudulento, no se configura si no se logra engañar al servidor público, atipicidad de la conducta / **FRAUDE**

PROCESAL - Momento consumativo: a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Dolo / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado / **FRAUDE PROCESAL** - Tipo penal de estado / **DELITO CONTINUADO** - Configuración: requiere dolo unitario, global o de conjunto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: límite óptico agotamiento de la conducta / **DELITO CONTINUADO** - Concepto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **DELITO CONTINUADO** - Consumación / **FRAUDE PROCESAL** - Puede concursar con falsedad, falso testimonio o estafa / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: pluralidad de acciones u omisiones que componen una unidad de acción final

En nuestro país el legislador optó por tipificar como tipo penal autónomo la conducta consistente en inducir en error al servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley, resultando ajeno a la descripción típica si el sujeto activo obtiene o no el acto contrario a la ley o los efectos patrimoniales que ello pueda generar, pues, el bien jurídico tutelado es la eficaz y recta impartición de justicia, que se relaciona con el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir, decidir y reconocer el derecho de manera recta y eficaz, sin ningún tipo de intromisión o intrusión (menos aún de carácter fraudulenta y dolosa), así como la correlativa confianza que tiene la sociedad de que así, precisamente, ocurrirá.

La Sala, a lo largo del tiempo, ha caracterizado el delito de fraude procesal mediante una serie de precisiones que, desde el punto de vista jurídico, incluso ontológico (fenomenológico), no son claras y que algunas veces han entrado en tensión conceptual, al resultar contradictorias, por lo que es necesario realizar un reexamen del tipo penal referido, con el propósito específico de aclarar su jurisprudencia.

El análisis de la descripción típica revela que el fraude procesal es un tipo penal monosubjetivo - describe la conducta realizada por un sujeto-; común -dado que no exige ninguna condición especial del autor para ejecutar la conducta-; de

resultado, dado que la realización del tipo no coincide con el último acto de la acción, sino que exige un efecto concreto respecto del objeto; el objeto de la acción es el servidor público con capacidad funcional de emitir una sentencia, resolución o acto administrativo; y contiene un elemento subjetivo especial, que no es otro que el propósito de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

El empleo de cualquier medio fraudulento corresponde a la modalidad a través de la cual se ejecuta la acción -inducir en error-, por lo tanto, el medio fraudulento debe ser idóneo para producir la inducción en error del servidor público, no solo en razón de su potencialidad intrínseca, sino en atención a las calidades específicas del funcionario.

Del texto legal del artículo 453 del Código Penal colombiano, se extrae que la acción jurídicamente desaprobada consiste en inducir en error al servidor público, del tal modo que la conducta se consuma cuando este último es afectado en su capacidad de comprensión del asunto, por un elemento extraño y engañoso.

La acción del tipo objetivo -inducir en error- se concreta en un resultado específico y necesario, cuando los medios fraudulentos idóneos empleados por el autor, producen en la mente del servidor público un concepto que no corresponde a la realidad, error que debe tener un soporte real, a partir del cual se pueda objetivar su existencia.

El autor debe provocar o causar el error en el servidor público, mediante la utilización de medios fraudulentos idóneos, de modo que, si no se logra engañar al servidor público, la conducta será atípica o tentada, dependiendo del caso (la idoneidad del medio o la intervención de un agente externo que impida ese efecto).

El tipo penal de fraude procesal es un comportamiento esencialmente doloso, lo cual implica que el sujeto activo debe saber que está empleando un medio fraudulento para inducir en error al servidor público, con la finalidad de obtener una decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley y querer realizar ese comportamiento; aspectos que deben estar acreditados más allá de toda duda razonable.

El delito de fraude procesal se entiende consumado a partir de la exteriorización del primer acto desplegado por el servidor público, que haya surgido del elemento engañoso que le

ha sido presentado de manera concreta y que, por lo mismo, ha tenido la idoneidad de inducirlo en error; lo que es equivalente a la objetivación del mismo, pues en ese momento se ejecuta la acción punible, dentro del plano de su efecto jurídico dañoso. Es decir, el delito de fraude procesal se consuma a partir de la exteriorización del primer acto de disposición jurídica desplegado por el servidor público, mediante el cual aprehenda el medio engañoso y lo entienda y valore como veraz.

En ocasiones, el primer acto desplegado por el servidor público, motivado por el engaño perpetrado por el autor -hecho que exterioriza la inducción en error, es decir, la ejecución de la acción punible- puede coincidir con la emisión de la sentencia, resolución o acto administrativo pretendido por el sujeto activo del comportamiento, lo que implica que el delito se consuma y agota en el mismo momento. Lo importante es advertir que tal mecanismo engañoso cumplió sus efectos en la siquis del servidor público, al punto que éste la exteriorizó en la realización de su actividad funcional.

En otros casos, el delito se consuma a partir de la exteriorización del primer acto desplegado por el servidor público, motivado por el error y referido en concreto al elemento que lo produce, así no haya proferido la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo del comportamiento, pues, ello guarda relación con el agotamiento de la conducta, pero no con su consumación.

La Sala en todos sus pronunciamientos ha señalado que el tipo penal de fraude procesal no exige la obtención del resultado finalístico pretendido por el autor, sin embargo, paradójicamente ha vinculado la consumación del delito con ese resultado, lo que resulta problemático porque: (i) confunde la consumación con el agotamiento del delito; (ii) no resuelve los casos en donde no se produce el resultado, por distintas causas, (iii) termina por confundir el tipo penal permanente con los efectos permanentes del delito; y (iv) desdice de su propia manifestación referida a que el punible opera de mera conducta.

El delito de fraude procesal, conforme la redacción del artículo 453 del Código Penal, no es un delito permanente sino un tipo penal de estado, pues, aunque crea un estado antijurídico duradero -el período en el que el servidor público permanece en el error, que puede ser indefinido-

, la consumación del delito se concreta desde la aparición de éste -el error en el servidor público-, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

Cuando al interior de una actuación judicial o administrativa el servidor público es inducido varias veces en error, y se determine que esos actos plurales se encuentran atados a un único designio criminal identificable por la finalidad, que para el caso se relaciona con la intención de que el servidor público emita una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, a tal punto que se pueda concluir que esa pluralidad de acciones u omisiones componen una unidad de acción final, se está en presencia de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado.

El límite óntico del delito continuado es el agotamiento de la conducta, de modo que cuando el tipo penal se agota con la obtención de la finalidad pretendida por el sujeto activo, que para el caso del delito de fraude procesal lo es cuando el servidor público profiere la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el autor, los actos posteriores deberán analizarse de manera autónoma.

Resulta desacertado concluir que un delito ya agotado -fenómeno que ocurre, en el caso del fraude procesal, cuando se emite la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo- se sigue cometiendo, para concluir, como lo ha venido haciendo la Sala erradamente, que el fraude procesal se entiende consumado con la ejecutoria de la decisión, resolución o acto administrativo contrario a la ley; o con la realización de los actos posteriores requeridos para su ejecución; o hasta cuando cesan los efectos del último acto que induce en error al funcionario judicial; o con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente.

Si después de agotado el delito de fraude procesal, el sujeto activo nuevamente induce en error al servidor público, mediante la utilización de cualquier medio fraudulento, con la finalidad de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se estará en presencia de un nuevo delito de fraude procesal.

El delito continuado se entiende consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción, o, como en reiteradas oportunidades lo ha

señalado la Sala, a partir del último acto que efectivamente indujo en error, fecha a partir de la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción.

No cabe duda que una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, que se ha emitido como consecuencia de un error en el que dolosamente fue inducido el servidor público que la profirió, puede generar efectos jurídicos y materiales adversos para un tercero; sin embargo, lo que el tipo penal de fraude procesal protege no es el derecho del ciudadano perjudicado en su patrimonio con la decisión del funcionario judicial o administrativo, sino la eficaz y recta impartición de justicia.

En aquellos eventos en los que se obtenga una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, y con ello se produzca un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, podría actualizarse el fenómeno del concurso real de tipos, dado que, aunque existan medios fraudulentos comunes en la realización de los dos comportamientos, éstos son materialmente separables y afectan diferentes bienes jurídicos.

FRAUDE PROCESAL - Demostración / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: demostración / **UNIDAD DE ACCIÓN** - Se configura / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: consumación, a partir del último acto que indujo en error / **FRAUDE PROCESAL** - Prescripción / **PRESCRIPCIÓN** - Término a tener en cuenta / **PRESCRIPCIÓN** - Delito continuado / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: momento consumativo, no se puede extender a eventos posteriores al agotamiento de la conducta / **FRAUDE PROCESAL** - Delito continuado: pluralidad de acciones u omisiones que componen una unidad de acción final / **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** - Declaración independientemente de la decisión respecto a la responsabilidad penal, procedencia

Dentro del presente asunto se acreditó que JOG adquirió el vehículo de servicio público tipo taxi de placas [...] (anteriormente [...]), por lo que, desde el 9 de febrero de 1993, era su propietario.

[...]

Es decir, mientras que el procesado negociaba el cupo del servicio público de transporte del vehículo de placas [...], a sabiendas que el referido rodante estaba siendo poseído por otra

persona; la empresa AUS.A. le vendió al señor JRSG el vehículo de placas [...] tipo taxi, por lo que, para cumplir el contrato, le compró a FECH el cupo de servicio público del vehículo de placas [...], rodante que incluso para esas fechas, se encontraba inscrito a nombre del procesado.

Por lo tanto, comoquiera que el vehículo de placas [...] era el que detentaba el cupo de servicio público, y siendo que dicho rodante estaba siendo poseído por OLF -hecho conocido por el procesado-, el 26 de marzo de 2003, JOG solicitó a Servicios Especializados de Tránsito y Transporte -SETT- la cancelación de la matrícula y de la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], alegando falsamente que el rodante había sido destruido, pese a que conocía que el rodante estaba siendo poseído y usado por otra persona, para lo cual aportó una declaración jurada que rindió ante la Notaría 49 del Circuito de Bogotá, de la misma fecha, en la que indicó que el vehículo era de su propiedad, que fue destruido y convertido en chatarra y que su deseo era adelantar el trámite para la cancelación de la matrícula y de la tarjeta de propiedad; y una denuncia que instauró el 28 de ese mismo mes, de la pérdida de la tarjeta de propiedad, tarjeta de operación y placas blancas del referido automotor.

Lo anterior, con la finalidad de que el servidor público emitiera un acto administrativo mediante el cual cancelara la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], para que de esta manera se liberara el cupo de servicio público que detentaba el referido vehículo y consecuentemente, procediera a asignar, en reposición, el cupo de servicio público al vehículo de placas [...] de propiedad de JRSG, dado que, como se vio, el procesado lo había vendido.

Fue así que, como consecuencia del error en el que fue inducido el funcionario de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, el Coordinador Área de Operación el 7 de abril de 2003 mediante oficios [...] y CTO N° [...], comunicó que a partir de esa fecha se canceló la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...] -primer acto que realizó el servidor público, motivado por el error en el que fue inducido por el procesado-.

Seguidamente, el procesado el 12 de abril de 2003, nuevamente acudió a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y solicitó la reposición del vehículo de placas [...], pese a que,

se insiste, conocía que dicho rodante estaba siendo poseído por AJBR, por lo que el Coordinador Área de Operación de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá el 24 de abril de 2003, aprobó el trámite de matrícula del vehículo de placas [...], a nombre de JRSG, en reposición del rodante de placas [...] -segundo acto que realizó el servidor público, motivado por el error en el que fue inducido por el procesado.

Dicho esto, si se analizan de manera individual cada una de las conductas desplegadas por el procesado, debe necesariamente concluirse que ambas realizan el tipo penal de fraude procesal.

En efecto, en el primer evento, el implicado mediante la utilización de documentos espurios, indujo en error al servidor público, quien, en el mismo momento en que asumió como veraz la información contenida en ellos, según los cuáles, el vehículo de placas [...] había sido destruido y convertido en chatarra, procedió a emitir un acto administrativo contrario a la ley.

En el segundo caso, el implicado nuevamente indujo en error al Coordinador Área de Operación de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá y solicitó la reposición del vehículo de placas [...], pese a que sabía que dicho rodante no había sido destruido y estaba siendo poseído por otra persona, quien, en el mismo momento en que asumió como veraz la información suministrada por el procesado, procedió a emitir un acto administrativo contrario a la ley.

Sin embargo, no cabe duda que ambas conductas se encuentran atadas a un único designio criminal identificable por la finalidad, que para el caso se relaciona con la intención del procesado de que el servidor público emitiera un acto administrativo mediante el cual cancelara la licencia de tránsito y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], para que de esta manera se liberara el cupo de servicio público que detentaba el referido vehículo y consecuentemente, procediera a asignar, en reposición, el cupo de servicio público al vehículo de placas [...].

De tal modo que, esa pluralidad de acciones y omisiones componen una unidad de acción final, por lo que en este asunto se está en presencia de un delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado, el cual, como se dijo en el acápite anterior, se entiende consumado a partir del momento en que se produjo la última conducta típica que integra la unidad de acción,

o, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado la Sala, a partir del último acto que efectivamente indujo en error, fecha a partir de la cual se empieza a contabilizar el término de la prescripción.

Con esa claridad, se tiene que en este asunto el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado se consumó el 24 de abril de 2003, fecha en la que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá exteriorizó el último acto que realizó el servidor público, motivado por el error en el que fue inducido por el procesado, que consistió, precisamente, en aprobar el trámite de matrícula del vehículo de placas [...], a nombre de JRSG, en reposición del rodante de placas [...]; es decir, en este asunto el delito se agotó en el mismo momento en que se consumó, esto es, con la obtención del acto administrativo contrario a la ley pretendido por el sujeto activo.

Ahora bien, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, mediante auto [...] del 2 de enero de 2006, resolvió revocar los oficios CL N° [...] y CTO N° [...] de fecha 7 de abril de 2003, mediante los cuales se ordenó la cancelación de la licencia de tránsito y de la tarjeta de propiedad del vehículo de placas [...], en consecuencia, se restableció el cupo de servicio público al referido rodante y se canceló la matrícula y la tarjeta de operación del vehículo de placas [...], como consecuencia de la orden de restablecimiento del derecho emitida por la Fiscalía el 3 de agosto de 2005.

Y, posteriormente, la Secretaría Distrito de Movilidad mediante Auto del 14726 del 2018 del 1 de marzo de 2018, en cumplimiento de una contraorden emitida por la Fiscalía mediante resolución del 31 de mayo de 2016, resolvió:

“Artículo segundo: ADELANTAR las actuaciones administrativas tendientes a inhabilitar y/o eliminar el registro del vehículo de placa VEI262.

Artículo tercero: REGISTRAR en el vehículo de placa [...] trámites de cancelación de matrícula y de tarjeta de operación, mediante certificados CL [...] y CTO [...] del 07 de abril de 2003, a favor de JOG...

Artículo cuarto: [...] el vehículo de placa [...] como ingreso en reposición del vehículo de placas [...].”

Sin embargo, tales decisiones no solo son posteriores al agotamiento de la conducta, sino que guardan relación con una medida de restablecimiento del derecho, en virtud del artículo 21 de la Ley 600 de 2000, que le impone

al Estado el deber de adoptar los mecanismos necesarios para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior, cuando ello es posible, y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, con independencia de la responsabilidad penal, aspecto que no guarda relación con la consumación del delito.

Es este el equívoco en que incurre la representación del Ministerio Público en su alegación, pues, confunde la consumación del delito con el restablecimiento particular de los derechos de los afectados.

PRESCRIPCIÓN - Fraude procesal: delito continuado

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 ibidem, “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad”.

Como ya quedo visto, el delito de fraude procesal en la modalidad de delito continuado se consumó el 24 de abril de 2003, sin embargo, para efectos de determinar el máximo de la pena a fin de contabilizar el término de la prescripción, se deberá atender el delito de fraude procesal como conducta única, en virtud del principio de no reformatio in pejus.

Así, para esa época, el artículo 453 del Código Penal contempla una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión. Por lo tanto, como los hechos se consumaron el 24 de abril de 2003, la Fiscalía contaba con 8 años, a partir de esa fecha, para proferir la resolución de acusación debidamente ejecutoriada; empero, esta solo adquirió firmeza el 24 de abril de 2018, fecha en la cual la acción penal se encontraba prescrita, fenómeno que se materializó a partir del 25 de abril de 2011.

En todo caso, si se pudiera aumentar la pena máxima en una tercera parte por el delito continuado -que correspondería a 10 años y 7 meses- la acción penal estaría prescrita, pues, si el delito se consumó el 24 de abril de 2003 dicho delito terminó fenecía el 24 de noviembre de 2013, y la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 24 de abril de 2018.

Tal conclusión conduce, como lo ha definido la Sala, a decretar la nulidad de lo actuado, por haber decaído la competencia del Estado para investigar y juzgar la conducta, en este caso, a

partir del 25 de abril de 2011, y disponer la cesación del procedimiento.

Con relación a la acción civil derivada de la conducta punible, habida cuenta que la misma fue ejercida al interior de este proceso, también se declarará su extinción por haber operado el fenómeno de la prescripción, al tenor del artículo 98 de la Ley 599 de 2000.

El juez de primera instancia procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por el inculcado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como, a levantar las medidas cautelares que hayan sido impuestas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a los funcionarios judiciales

Acorde con lo anotado, debe insistirse en que por el hecho de que acaezca el fenómeno prescriptivo frente a la acción penal del delito de fraude procesal, ello no puede ni debe entenderse sin más consideración como una situación que deje en estado de indefensión a la víctima o perjudicado con el delito, pues, el ordenamiento jurídico colombiano establece una serie de acciones y mecanismos que tienen por objeto restablecer sus derechos, con independencia el trámite y resultado del proceso penal.

Así las cosas, sea esta la oportunidad para llamar la atención de los funcionarios judiciales a fin de que realicen un efectivo uso y aplicación de estos mecanismos, de manera celeré y oportuna, de modo que se hagan cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, con el propósito de que se restablezcan los derechos quebrantados.

JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: ratificación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: variación, inaplicabilidad / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción: se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente: prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: último acto de inducción en error, presupuestos

fraude procesal no se encontraba prescrita, al considerar que, el delito de fraude procesal comienza cuando el servidor público es inducido en error y se prolonga su consumación durante el tiempo que se mantenga, con independencia de si se consigue o no la pretendida sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, e inclusive luego, si son necesarios actos ulteriores para su ejecución.

Así mismo, se señaló que este delito es de conducta permanente pues la lesión al bien jurídico protegido perdura por todo el tiempo en que el servidor público permanezca en error, de modo que se sigue ejecutando hasta el último acto de inducción en error, momento en el cual empieza a correr el término de la prescripción.

AP1053-2023(62524) de 19/04/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Aclaración de voto:

**Myriam Ávila Roldán
Diego Eugenio Corredor Beltrán
Fabio Ospitia Garzón**

RESUMEN DE LOS HECHOS

La Corte Suprema de Justicia procedió a resolver la admisión o no del recurso de casación promovido por el defensor de J.C.V.G. contra la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 34 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó como coautor de los delitos de fraude procesal y cohecho por dar u ofrecer, y determinante de falsedad ideológica en documento público.

La Sala inadmitió la demanda de casación, y, declaró que la acción penal derivada del delito de

1. El 19 de marzo de 2010 J.C.V. solicitó al G.L.T.E.D.M.A.L. (Radicado [...]), le fuera otorgada licencia de piloto comercial de aviones PAC, por convalidación de estudios en el extranjero, de acuerdo con el ordinal 2.1.16.5 del Reglamento Aeronáutico de Colombia (RAC).
2. Para tal efecto allegó los formatos [...] de reporte de chequeo de vuelo para piloto de aviones del 11 de marzo del 2010, en el cual se expresa que voló la aeronave [...], matrícula [...], perteneciente al C.E.A.P. de Barranquilla. También, el formato [...] de reporte de chequeo de vuelo para piloto y aviones del 12 de marzo del 2010, que da cuenta de su realización en la Aeronave [...], matrícula [...] del referido centro. Ambos documentos fueron firmados por el Inspector J.R.L.M., ya condenado por la falsedad de tales instrumentos.
3. Con base en aquellos soportes documentales se emitió la sábana de estudio de registro de vuelo y de bitácora, expidiéndose al procesado la licencia [...] el mismo día, esto es, el 19 de marzo del 2010, cuando habitualmente el trámite duraba 45 días.
4. Para conseguir la licencia solicitada, V.G. consignó el 19 y 20 de marzo de 2010, en Medellín, a la cuenta personal de ahorros (No. [...] del Banco [...]) del Capitán A.J.C.M. (Jefe de Licencias de la Aeronáutica Civil de Colombia) la suma de \$2'200.000, obteniendo de forma inmediata su expedición.
5. Sin embargo, tiempo después se estableció que aquellos documentos eran falsos y así fue comunicado por A.L., Subgerente del Centro de Entrenamiento Aeronáutico Protécnica, motivo por el cual, el 6 de noviembre de 2012, mediante auto de la Dirección de Medicina de Aviación de la Secretaría de Seguridad Aérea de la Aeronáutica Civil se dispuso la suspensión de aquella licencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: ratificación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: variación, inaplicabilidad / **FRAUDE PROCESAL** - Momento consumativo / **FRAUDE**

PROCESAL - Término de prescripción: se cuenta a partir de la cesación de efectos de su último acto / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado / **FRAUDE PROCESAL** - Los elementos fraudulentos deben tener la capacidad para inducir en error al servidor público / **FRAUDE PROCESAL** - Delito de conducta permanente: prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Configuración: último acto de inducción en error, presupuestos

Con la finalidad de revisar los términos de prescripción de la acción penal de la conducta de fraude procesal, es necesario recordar que mediante fallo de la Sala del 8 de marzo de 2023 en el caso de casación 58706, por mayoría de 5 votos (2 de conjueces) contra 4 votos, se declaró en el caso allí examinado la extinción de la acción por prescripción, a partir de una interpretación relacionada con el momento consumativo del delito que no corresponde a la que ha sido pacífica de la Corte y que es la sostenida actualmente por la Mayoría de la Sala de Casación Penal.

Esa sentencia, entonces, a través de la cual como es obvio se decidió el caso concreto con fundamento en la postura jurídica novedosa, no constituye un cambio de jurisprudencia porque el criterio de la Sala mayoritaria de los miembros permanentes de la Corte no está allí reflejado. La Sala Mayoritaria mantiene el criterio jurisprudencial que por más de 30 años ha regido sobre el tema.

La Corte en lo fundamental ha dicho, y se reitera, que si bien respecto del delito de fraude procesal no se exige el resultado (la providencia judicial pretendida), “sólo debe considerarse consumado, cuando el autor en desarrollo de su actividad fraudulenta y dolosa, induzca en error al funcionario y perdura mientras subsista el error, porque la vulneración del interés jurídico protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial. De ahí que, para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia”.

En sentido similar ha expuesto la Corte que la consumación del fraude procesal puede ocurrir en “en el momento histórico preciso en que se induce en error al empleado oficial, si con ese error se genera más o menos de manera inmediata la actuación contraria a la ley. Pero si el error en que se indujo al funcionario, se mantiene durante el tiempo necesario para producir la decisión final contraria a la ley cuya finalidad se persigue, y aún con posterioridad a ésta, si requiere de pasos finales para su cumplimiento, durante todo ese lapso se incurre en la realización del tipo y la violación al bien jurídico tutelado, pues durante ese tiempo se mantiene el fraude a la administración de justicia.

“Por ello, para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cesa la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia. Lo anterior, porque aunque el funcionario puede permanecer indefinidamente en error, al estar convencido que la decisión que tomó era la jurídicamente viable y la más justa de acuerdo con la realidad a él presentada, para todos los efectos jurídicos sean sustanciales o procesales, debe haber un límite a ese error, y este límite no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución o acto administrativo contrario a la ley, cuya expedición se buscaba, si allí termina la actuación del funcionario, o con los actos necesarios posteriores para la ejecución de aquélla, pues de lo contrario, la acción penal se tornaría en imprescriptible, lo cual riñe con el mandato constitucional al respecto”.

En suma, según la jurisprudencia pacífica de la Corte vigente, el delito de fraude procesal comienza cuando el servidor público es inducido en error y se prolonga su consumación durante el tiempo que se mantenga, con independencia de si se consigue o no la pretendida sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, e inclusive luego, si son necesarios actos ulteriores para su ejecución.

El delito de fraude procesal es de conducta permanente pues la lesión al bien jurídico protegido perdura por todo el tiempo en que el servidor público permanezca en error, de modo que se sigue ejecutando hasta el último acto de

inducción en error, momento en el cual empieza a correr el término de la prescripción.

Ese último acto de inducción en error ha sido entendido: (a) No cuando el servidor público dictó el acto contrario a la ley -cuando alcanza a materializarse—, sino hasta cuando el fraude deja de producir consecuencias y cesa la lesión al bien jurídico de la administración de justicia. (b) Con la ejecutoria del cierre de investigación (Ley 600 de 2000) -o la formulación de imputación (Ley 906 de 2004)— cuando la inducción en error del servidor público se prolonga incluso durante el curso del proceso penal. (c) Durante todo el tiempo en que la autoridad se mantenga en el error y aun después si se requiere de actos de ejecución. (d) En caso de registros obtenidos fraudulentamente con la cancelación del registro obtenido fraudulentamente. (e) En actuaciones judiciales, con la ejecutoria del auto o sentencia, salvo que sean necesarios actos posteriores para su ejecución.

FRAUDE PROCESAL - Prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Término de prescripción / **FRAUDE PROCESAL** - Bien jurídico tutelado: eficaz y recta impartición de justicia / **PRESCRIPCIÓN** - Interrupción del término / **PRESCRIPCIÓN** - Suspensión del término: a partir del fallo de segunda instancia / **PRESCRIPCIÓN** - No se configura

En el presente caso, si el 19 de marzo de 2010 JCV solicitó con base en documentos falsos licencia de piloto comercial de aviones PAC por convalidación de estudios en el extranjero, la cual fue expedida el mismo día, es claro que el acto inductor en error, la efectiva inducción (comienzo del delito permanente) y la materialización del ingrediente subjetivo, esto es, la expedición del acto administrativo ilegal, ocurrieron en igual fecha, sin que entonces culminara el fraude procesal.

En efecto, como el 6 de noviembre de 2012, al establecerse que los soportes aducidos para conseguir la expedición de la licencia eran falsos, mediante auto de la Dirección de Medicina de Aviación de la Secretaría de Seguridad Aérea de la Aeronáutica Civil se dispuso la suspensión de la licencia de piloto comercial expedida a JCV, encuentra la Sala que fue ese día cuando culminó el fraude procesal, entendido, como ya se dijo, como atentado efectivo al bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, y es entonces esa

la fecha del último acto a partir del cual comienza a contabilizarse el término de prescripción de la acción.

De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad”. Si según el artículo 453 del mismo ordenamiento la pena máxima para el delito de fraude procesal es de 12 años de prisión, en tal lapso prescribiría la acción penal, el cual se cumpliría el 6 de noviembre de 2024.

Según el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, una vez interrumpido el término prescriptivo con la

formulación de imputación se contabiliza por la mitad, esto es, por 6 años. Si dicha diligencia ocurrió el 30 de enero de 2018, el mencionado término se cumpliría el 30 de enero de 2024.

Como el artículo 189 del estatuto procesal penal dispone la suspensión del término prescriptivo de la acción penal por 5 años al dictarse la sentencia de segunda instancia, si en este asunto fue proferida el 22 de julio de 2022, tal tiempo se vencería el 22 de julio de 2027.

En suma, la acción penal derivada del delito de fraude procesal no se encuentra prescrita.

CASO GROOMING

/ **GROOMING** - Concepto / **GROOMING** - Alcance / **GROOMING** - Fases para su consumación / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming
/ **GROOMING** - Consumación: realización de actos preparatorios dentro de un plan delictivo
/ **GROOMING** - Consumación: utilizado como instrumento para establecer una correspondencia inequívoca que apunte al enlace virtual con el menor / **GROOMING** - Objetivo: ulterior contacto sexual / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming: demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: improcedencia / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo cualificado de especial protección constitucional / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo calificado, incapaz absoluto / **TESTIMONIO DEL MENOR** - Víctima de delitos sexuales: testigo directo / **DELITOS SEXUALES** - Uso de las tecnologías de la información y la comunicación / **ABOGADO** - Deberes: incumplimiento

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

lo absolvió del cargo del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

En esta oportunidad la Sala no caso la sentencia.

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

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

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

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

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

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

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

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

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

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

abuso sexual, llegando a constituir una parte integral de todo el proceso de abuso".

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

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

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

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

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

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

- Fase sexual, que se inicia cuando el adulto conduce la conversación hacia un terreno en que la confianza entre ambos parece ya instalada. [...] Al principio, la naturaleza sexual de la

conversación online puede ser implícita, pero progresivamente va derivando a intercambio explícitos focalizados en actos sexuales potenciales en el adulto o en el niño. [...] Pese a que no todos los ofensores emplean pornografía, la conversación sexualizada generalmente precede al intercambio y la creación de material erótico o incluso pornográfico del menor.

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

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

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

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

En efecto, el aquí enjuiciado, de acuerdo con el relato en juicio de la menor D.M.M.C., valiéndose

del inicial interés que la entonces preadolescente le mostró al solicitar su PIN de BlackBerry, empezó, poco a poco a ganar su confianza a través de las conversaciones que sostenían por la red; posteriormente empezó a solicitar sus fotos, primero en uniforme de la banda, luego de transcurrido un tiempo, en vestido de baño; de sus piernas, ulteriormente en ropa interior, para más tarde pedir imágenes desnuda, indagar por su situación familiar a fin de establecer que la niña permanecía sola en su vivienda, para luego proponer los encuentros físicos en la residencia de la menor y allí, finalmente lograr su objetivo, como fue, alcanzar, gracias a la confianza obtenida, los encuentros eróticos, que según el dicho de la menor en audiencia, llegaron a los besos en la boca y el tocamiento de sus senos y superficie vaginal en varias ocasiones.

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

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

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

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

Es así que los acercamientos tipo 'grooming' que el acusado tuvo con D.M.M.C. hacen parte en el particular asunto, de los actos preparatorios del delito tipificado en el artículo 209 del estatuto

penal, encajando como uno de los primeros pasos dentro de un plan delictivo idóneo para llegar al deseado contacto sexual.

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

Insiste la Sala, que en casos como el aquí analizado, limitar la conducta constitutiva de actos sexuales al tocamiento de las partes íntimas de la menor es injustificable, en tanto la joven víctima y su indemnidad sexual como bien jurídico, entraron en peligro desde las primeras acciones que involucra el proceso de 'grooming'.

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

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: improcedencia / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo cualificado de especial protección constitucional / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: sujeto pasivo calificado, incapaz absoluto / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Consentimiento de la

víctima / **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años no se puede presumir ni inferir el consentimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: acerca de lo percibido directamente por el testigo no es prueba de referencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: impugnación de credibilidad, evento en que la defensa no utilizó esta herramienta jurídica

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

Tales manifestaciones, por no constituir aspectos que en forma directa y personal observaron o percibieron estos testigos, constituyen prueba de referencia inadmisibles, razón por la cual no es posible someterlos a valoración probatoria.

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

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

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

reacciones de posterior rechazo hacia el sujeto activo, que el demandante echa de menos.

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

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

En tal virtud, a diferencia de los casos de violencia sexual, el carácter abusivo de las conductas punibles tipificadas descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal, personal y racional, y especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desarrollado su madurez volitiva y sexual, lo cual se presta para el aprovechamiento indebido por parte de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual, precipitándolos precozmente a unas experiencia para las cuales no están adecuadamente preparados. Y es por ello entre otras razones, que el Legislador considera que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas, sino por tratarse el sujeto pasivo de esta conducta, en últimas, de un incapaz absoluto ante la ley

[...]

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

Los defectos asociados a los testimonios de los psicólogos de la defensa, C.A.V.R. y R.I.P.V., en su mayoría tienen relación directa con la entrevista forense practicada a la menor DMMC previo al juicio, pasando por alto el recurrente que tal elemento material probatorio carece de la calidad de 'prueba', por no haber sido

incorporada a través de cualquiera de los mecanismos establecidos por la ley procesal, constituyendo cualquier alusión a ella en la etapa probatoria del juicio 'prueba de referencia' inadmisibles.

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

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

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

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

Concluye así la Sala, que prueba de la conducta ilícita desplegada por el acusado A.F.C., tal como lo estimaron los jueces de instancia en los fallos atacados, emerge del sólido testimonio de la entonces adolescente, única testigo directa de lo

acontecido, en tanto como se deduce de su relato, el procesado se valió del secretismo y/o reserva que proporciona este tipo de conductas que inician a través del uso de la tecnologías de la información, y posteriormente, ya obtenido el interés de la víctima, de la soledad de ésta en su domicilio, en las tardes, mientras sus padres laboraban.

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

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

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

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

- el estado anímico de la víctima al declarar en juicio, su lenguaje corporal y verbal, lo cual tiene coincidencia en la percepción de A.V. a su

entrevista forense al narrarle los hechos materia de juzgamiento,

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

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

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

ABOGADO - Deberes: incumplimiento

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

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

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

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD - Efectos: generales o erga omnes, respecto de la inexecutable, aplicación hacia el futuro / **TRANSACCIÓN** - Alcance / **TRANSACCIÓN** - Elementos / **TRANSACCIÓN** - Elementos: concesiones recíprocas / **TRANSACCIÓN** - Asuntos laborales: pensión de vejez / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción administrativa, Comité de Conciliación: sus decisiones son de obligatorio cumplimiento / **APODERADO** - Facultades / **PODER** -

Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes / **TRANSACCIÓN** - Poder que permite al mandatorio transigir / **CONTRATO DE MANDATO** - Facultades: las establecidas en el contenido del documento / **PODER** - Facultades: la de conciliar no conlleva per se la de transigir / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: por el juzgado / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: objeción / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente

contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, costas procesales / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: se configura al realizar el pago de costas procesales improcedentes / **SENTENCIA** - Condenatoria: a cargo de la Nación, obligaciones dinerarias, solicitud de pago / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: elementos: objetivo y subjetivo / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: tipicidad subjetiva / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: bien jurídico tutelado, administración pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Gravedad de la conducta / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: gravedad de la conducta

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el Procurador 86 Penal Judicial II, contra la sentencia proferida por la Sala Penal integrada por Conjueces del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual se confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, en la cual se absolvió a los procesados por los delitos de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con peculados por apropiación a favor de terceros.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia de la anterior determinación, los condenó por los delitos acusados. Así mismo, negó la ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria, emitió orden de captura de los mismos y, por último, advirtió que al ser la primera condena procede la impugnación especial por doble conformidad judicial.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte analizó la naturaleza del acuerdo suscrito, así como los elementos constitutivos de la figura de la transacción, para determinar que los acusados en calidad de servidores públicos, suscribieron un acuerdo de pago, sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación de la entidad, haberlo suscrito con quien no tenía la capacidad para transigir, por cuanto que dicha facultad debe estar expresamente otorgada al mandatario.

Por último, se señaló que el acuerdo en cuestión era manifiestamente contrario a la ley, toda vez que se pactó el pago de las costas procesales, las

cuales no había sido decretadas ni liquidadas al interior de un proceso judicial.

SP089-2023(59034) de 15/03/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

Salvamento de voto:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 23 de febrero de 2005, G.V.Q., entonces alcalde (e) de San José de Cúcuta, celebró el “acta de conciliación sobre el pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales de Ley 6ª de 1992”, con el abogado Á.I.A.C., quien fungía como apoderado de 130 pensionados, según el texto de ese documento.
2. Ese grupo de ciudadanos pretendía el reconocimiento del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992.
3. Por virtud del acuerdo contenido en el “acta de conciliación”, el municipio se obligó “para con el abogado a pagar la suma única de SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 84/100 MCTE (\$7.985.856.757,84.), en cuatro cuotas”.
4. Entre marzo de 2005 y octubre de 2007, San José de Cúcuta le entregó a Á.I.A.C. la suma de solo cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189), mediante la realización de siete pagos.
5. Como consecuencia del incumplimiento parcial de ese pacto, el abogado A.C. demandó a la entidad territorial e inició proceso ejecutivo laboral que, por reparto, correspondió al Juzgado Cuarto Laboral de la mencionada capital, bajo el radicado No. [...].
6. El 11 de noviembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta “declaró la

nulidad de todo lo actuado” en el proceso ejecutivo [...] y negó el mandamiento de pago por “ilicitud del objeto del acuerdo señalado”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD -

Efectos: generales o erga omnes, respecto de las inexecutableidad, aplicación hacia el futuro

En los términos del escrito casacional presentado, en este caso, resulta posible entrever la existencia de errores en la valoración probatoria, a pesar de que el planteamiento expresamente desarrollado no acredita las exigencias del falso raciocinio.

Verificado el contenido del cargo y contrastado con lo acontecido en la actuación, la Sala observa que no se afectó, en concreto, ninguna máxima de la experiencia, principio lógico o regla científica, con motivo de la postulación de la demanda.

Adicionalmente, la alegación del demandante no está relacionada con un medio de prueba indebidamente valorado al tamiz de la sana crítica.

Una sentencia de control de constitucionalidad y los efectos de la declaratoria de inexecutableidad de una norma, expresamente determinados en la misma decisión, no son elementos demostrativos.

El desarrollo de una postulación en esos términos, lo que concreta es la pretensión del casacionista para que prevalezca el criterio hermenéutico de un fallo de la Corte Constitucional, así como de sus efectos en el tiempo.

Por su naturaleza y jerarquía, la C - 531 de 1995 es una sentencia que debe ser acatada por los operadores judiciales, [...]

[...]

Sin perjuicio de las precisiones que efectuará la Sala adelante, es claro que normativamente no existe debate o discusión sobre la consolidación del derecho a favor de aquellos pensionados, cuando tuvo lugar antes de 1989, como tampoco en materia del consecuente reconocimiento.

En consecuencia, atendidas las razones antes expresadas, el cargo por falso raciocinio no prospera. Empero, como se verá, la demanda de casación resaltó, además, varios defectos en la

valoración probatoria, que ameritan revisión y análisis detenido en cada evento. A ello se procederá.

TRANSACCIÓN - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Alcance / **TRANSACCIÓN** - Elementos / **TRANSACCIÓN** - Elementos: concesiones recíprocas

[...], la transacción es un acuerdo extrajudicial que permite extinguir las obligaciones.

Según el artículo 2469 del Código Civil, se trata de un contrato en que las partes, sin intervención de terceros, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, es decir, un pacto que tiene por finalidad gestionar un conflicto, mediante un acuerdo que vincula a los suscriptores con efectos de cosa juzgada.

[...]

Para los actuales propósitos, según la jurisprudencia especializada, también debe señalarse que no se debe confundir la transacción con fenómenos tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una pretensión, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, entre otros; por lo que su conformación está supeditada a la controversia de derechos y la subsiguiente reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

El tercer elemento al que se hizo referencia (concesiones recíprocas) son de la esencia del negocio jurídico denominado transacción; pues en caso de no estar presentes lo convertirán en mera renuncia o aceptación.

No puede hablarse de transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos.

TRANSACCIÓN - Asuntos laborales: pensión de vejez / **TRANSACCIÓN** - Concepto / **TRANSACCIÓN** - Por entidades públicas

[...], por definición, la transacción requiere que los derechos sean susceptibles de libre disposición por las partes, es decir que resulten renunciables, razón por la cual, tratándose del derecho a la pensión de vejez y los reajustes, debe especificarse qué es lo que se va a transigir, cuál el fundamento normativo para renunciar a esas prerrogativas reconocidas por ley y vinculadas al carácter irrenunciable de los beneficios laborales mínimos y del derecho a la seguridad social.

En este trámite se debatió con intensidad si los ciudadanos, aparentemente representados por el abogado AC, tenían derecho al reajuste pensional.

A pesar de ser un cargo medular en la acusación, la Sala no puede afirmar que la transacción versó sobre un objeto ilícito, por ese específico motivo. Lo anterior, por dos razones básicas.

El grado de indeterminación del documento de 23 de febrero de 2005 impide establecer con certeza qué fue lo que “transigieron los pensionados”, dado que al indicar como monto global adeudado, la suma de siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte (\$7.985.856.757,84.), no se discriminó qué conceptos y valores integraban dicha suma, es decir, cuánto correspondía al reajuste, a la indemnización, a los interés o a las costas; en últimas si el acuerdo recayó en capital y en qué porcentaje sobre derechos ciertos e indiscutibles; como tampoco, es posible establecer, en concreto, cuál habría sido o sería el beneficio para el municipio de Cúcuta.

No se trató de un “laxus (sic) en el proceso técnico de configuración del documento”, como lo quiso hacer ver AC en su indagatoria, pues más allá de la denominación del acuerdo, lo cierto es que aún hoy no se sabe cuál fue el objeto exacto de la supuesta transacción, cuáles fueron las concesiones de los pensionados y la ganancia para la entidad territorial.

Adicionalmente, la procedencia del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992, para pensionados del orden nacional y territorial, es un asunto no pacífico, complejo y especializado, que ha generado la existencia de interpretaciones judiciales diversas, por lo que haber tomado una posición sobre la procedencia del incremento de la mesada exigía una fundamentación argumentativa razonable, que excluyera el actuar caprichoso del funcionario y el carácter de visiblemente contrario a derecho de su decisión en la materia.

Aclarado lo anterior, el optar por una interpretación válida y fundada no es motivo de reproche, ni sería ese el fundamento de la manifiesta ilegalidad de lo decidido el 23 de febrero de 2005, como se procede a dejar establecido.

La transacción es un mecanismo de terminación de controversias al que las entidades públicas

pueden acudir, siempre con el pleno respeto de las formas y requisitos que la ley establece para el efecto.

[...]

Debe aclararse que la transacción por parte de entidades públicas, al comprometer recursos estatales, debe respetar el principio de legalidad, así como los postulados de la función administrativa (209 superior), toda vez que no se trata de una negociación en la que las partes puedan disponer de cualquier modo y a su arbitrio de los derechos en litigio.

TRANSACCIÓN - Demostración
/ **TRANSACCIÓN** **EXTRAJUDICIAL** -
Naturaleza del contrato / **TRANSACCIÓN** -
Concepto / **TRANSACCIÓN** - Ante la jurisdicción
laboral

[...], lo celebrado el 23 de febrero de 2005 podría configurar un contrato de transacción en el que se deriva el consentimiento, por parte de la entidad pública demandada de reconocer el reajuste pensional establecido en la Ley 6 de 1992 y, por otra parte, de algunos pensionados del municipio de Cúcuta, de terminar extrajudicialmente el litigio que adelantan en varios juzgados laborales, pues está firmado por el alcalde, como representante legal de la entidad y única persona con poder dispositivo sobre los bienes de la misma.

Ahora, para la Sala es claro que, un contrato de transacción, en los términos jurídicos detallados, debería en principio ser fuente de obligaciones y derechos para las partes, empero esa situación no se verifica en el presente asunto por los evidentes y relevantes reparos sobre la legalidad del acto en cuestión.

CONCILIACIÓN - Efectos: ante la jurisdicción
administrativa, Comité de Conciliación
/ **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante la jurisdicción
administrativa, Comité de Conciliación,
funcionamiento / **CONCILIACIÓN** - Efectos:
ante la jurisdicción administrativa, Comité de
Conciliación, funciones / **CONCILIACIÓN** -
Efectos: ante la jurisdicción administrativa,
acuerdo conciliatorio, debe ser aprobado
previamente por el Comité de Conciliación de la
entidad pública / **CONCILIACIÓN** - Efectos: ante
la jurisdicción administrativa, Comité de
Conciliación: sus decisiones son de obligatorio

cumplimiento / **TRANSACCIÓN
EXTRAJUDICIAL** - Naturaleza del contrato

El artículo 65B de la Ley 23 de 1991 dispone lo siguiente:

“Artículo 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad”.

El Gobierno Nacional consciente de la necesidad de que un órgano especializado, dentro de los entes públicos de todos los órdenes, coordine estrategias encaminadas a orientar la correspondiente asunción de responsabilidades por daños imputables a actuaciones de la administración; así como de la importancia de un comité para la protección de los intereses públicos, reglamentó esa instancia de control de la gestión de las entidades, a través del Decreto 1214 de 2000 (por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones), norma de obligatorio cumplimiento y observancia para todas las entidades territoriales.

De conformidad con la referida disposición, ya para febrero de 2005, se tenía que:

El Decreto 1214 era de obligatorio cumplimiento para las Entidades y Organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles.

El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, a la que le corresponde decidir en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes.

En el caso de capitales departamentales debe integrarse por el alcalde o su delegado; el

ordenador del gasto, o quien haga sus veces; el jefe de la oficina jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad; dos funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica del ente.

Ese órgano tiene entre otras funciones las de fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, así como determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.

Las decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad.

De sus sesiones y decisiones se levantarán actas.

[...]

En ese contexto normativo y jurisprudencial se establece que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de las capitales departamentales es una instancia administrativa que, conformada de manera plural por expertos, debe ser imperativamente consultada; tiene un rol activo y determinante; y debe intervenir antes de que la entidad territorial llegue a asumir compromisos económicos vía transacción, toda vez que su decisión es vinculante, motivada y fundada en la preservación del patrimonio público.

Para la Sala no admite duda que el Comité de Conciliación es el órgano competente para establecer, caso por caso, a partir de un análisis específico de los argumentos de las demandas, pruebas en los procesos y alcance de las pretensiones, la procedencia o no de acudir a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, llámese conciliación o transacción; pero, además, para definir los lineamientos según los cuales el representante legal puede comprometer a la entidad.

Esa realidad deontológica y normativa excluye por definición que los burgomaestres puedan celebrar una conciliación o realizar una transacción, sin intervención y visto bueno previo emitido por el Comité de Conciliación del municipio, pues la disposición del patrimonio público debe ser el resultado de un acucioso estudio y una debida ponderación de la necesidad y conveniencia de dar por finalizado un proceso judicial de manera anticipada y

amigable, como medida que supone la identificación anterior y concreta de cuál es el beneficio para la entidad territorial.

APODERADO - Facultades / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes

En los términos del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), aplicable al tiempo de los hechos:

“El poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos: Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvenición y la intervención de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa”. (Se destaca).

Normativamente es inobjetable que las facultades para conciliar, transigir y recibir deben ser conferidas expresamente por el mandante; y cuando son varios, por cada uno de ellos.

Así lo reconoció, en un primer momento el mismo a quo.

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

mandantes / **TRANSACCIÓN** - Poder que permite al mandatorio transigir / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo

[...], en el marco establecido en la resolución de acusación, uno de los principales problemas jurídicos y probatorios que debía ser examinado por las instancias era la existencia de esa precisa capacidad del abogado AC de conciliar, transigir y recibir, para el 23 de febrero de 2005, los derechos de 130 pensionados.

El debate esencial no se centraba, como lo entendieron las instancias, en si ese profesional del derecho contó o no con poderes, tanto para entablar unas demandas laborales en los años 2002 y 2003, y para adelantar las actividades que permitieran el buen desarrollo de las actuaciones procesales.

Esa trascendental distinción destaca el rigor lógico en el ejercicio inferencial que han debido tener las instancias, para dar por probada “la existencia de los poderes”.

Si los juzgados laborales admitieron las demandas presentadas por AC; si en tres de esos siete procesos se emitió sentencia contra el municipio, ciertamente resultaba viable inferir que los específicos demandantes en su momento, otorgaron poder al abogado para adelantar los trámites del proceso laboral.

Sin embargo, en los términos de la resolución de acusación, aquella no era la discusión probatoria o jurídica; y tampoco fue el motivo para la imputación a los implicados

El reproche concreto de la Fiscalía radicó en la falta de acreditación y/o existencia de poderes con facultades para conciliar, transigir y recibir el 23 de febrero de 2005, y no la falta de acreditación y/o existencia de poderes para presentar las demandas laborales en 2002 y 2003.

Los procesados se abstuvieron de comprobar (capacidad y poderes AC; VQ exigir y verificarlos) que quien se presentaba como mandatario, en el acuerdo de 23 de febrero de 2005, contaba expresamente con las facultades de conciliar, transigir y recibir por parte de los ciento treinta pensionados, en tanto normativamente esas tres facultades debían ser autorizadas inequívocamente por los titulares del presunto derecho reclamado.

Dado que el derecho sustancial debatido era de los pensionados, ellos eran los únicos que podían disponer de éste; de ahí que, era imprescindible que los extrabajadores expresamente insistieran con esas facultades a su apoderado.

No obstante, para celebrar una transacción, VQ debía hacerlo con los titulares del reajuste o con quien acreditara, de manera fehaciente, que los representaba y tenía expresas facultades para tal finalidad.

A pesar de tratarse de la capacidad para transigir, el exalcalde no verificó la existencia cierta de cada uno de los mandatos en tal sentido; lo que traduce menosprecio por el ordenamiento jurídico pues celebró la transacción con un profesional del derecho que no demostró los términos de los poderes supuestamente conferidos y se le otorgó al abogado la calidad de único acreedor del municipio; sin verificar, siquiera, quienes de los ex trabajadores habían alcanzado ya el estatus de pensionado.

No bastaba con indicar, en el documento de 23 de febrero de 2005, que AC actuaba “en calidad de apoderado de los pensionados, debidamente facultado para conciliar y recibir”; pues, precisamente, ese fue el medio empleado por los procesados para eludir la inexistencia de poderes conferidos expresamente para tales fines.

En los términos expuestos, normativamente carece de cualquier asidero la exculpación presentada por AC (abogado) en punto a que, “posterior a la fecha de ejecutoria de cada una de las sentencias, la ley me facultaba para iniciar el proceso ejecutivo impropio sin necesidad de nuevo poder, es de concluir de donde se puede lo más se puede lo menos, es decir si en gracia de discusión no existieran nuevos poderes, a esta negociación yo llegaría facultado por extensión mediante los poderes que inicialmente presenté con las demandas” . (Se destaca).

Acorde con lo expuesto, desde una perspectiva legal, esa explicación es infundada.

Además, valorada a la luz de lo consignado en el documento de 23 de febrero de 2005, es lo único que permite explicar por qué nunca aparecieron los poderes para la transacción; es decir, la razón por la cual se hizo constar en ese escrito que el abogado actuaba como “apoderado de pensionados” y estaba “debidamente facultado para conciliar y recibir”, radicaba en que había presentado las demandas en 2002 y 2003, mas

no en que estuviera facultado para transigir en 2005.

Los poderes para transigir, conciliar y recibir en febrero de 2005, no fueron conferidos; como que ningún motivo razonable se adujo durante la investigación y el juzgamiento, para que los interesados no los hubieran aportado.

La citada referencia en el acuerdo celebrado fue el método inverosímil de fingir una calidad y unas facultades con las que no contaba el abogado; que condicionaba la procedencia del acuerdo y que, por ende, el alcalde de Cúcuta, ordenador del gasto, estaba obligado a corroborar.

Al llegar a esa conclusión, para la Sala adquiere la mayor relevancia lo manifestado por VJMV, profesional universitario de la oficina jurídica del municipio, quien al atender la inspección judicial “con relación a los respectivos poderes indicó que los poderes que otorgaron los pensionados a los abogados IAC y RG fueron para presentar las demandas ordinarias ante los juzgados laborales y reposan en cada expediente de los relacionados en el acta de acuerdo de pago”. (Se destaca).

Esa afirmación, aunada a la inexistencia de los poderes para transigir, incluso en los archivos de la entidad, desmiente lo aseverado en indagatoria por AC, quien manifestó que hizo “llegar a la oficina jurídica de la Alcaldía los 127 poderes especiales para llegar a un acuerdo con el municipio, lamentablemente las copias de los poderes o del oficio con el cual deposité esos poderes en la oficina jurídica se me extravió”.

En ninguna dependencia, archivo público o privado se acreditó la existencia de esos mandatos.

Tratándose del contrato de mandato y de la transacción de derechos no existe el poder o facultad por extensión.

Como se dejó claramente establecido en precedencia, la posibilidad de conciliar y transigir derechos ajenos debe estar mediada por una autorización expresa del titular del derecho en tal sentido, igual que para recibir.

La argumentación del profesional del derecho implicado va mucho más allá de una simple ligereza interpretativa, pues, en la relación de medio a fin del prevaricato por acción y del peculado por apropiación a favor de terceros, se trata de una demostración inequívoca de la intención de apoderarse y lucrarse con recursos públicos, a partir de la apariencia de legalidad de

un acuerdo de voluntades y de la supuesta existencia de poderes.

Tampoco puede pasar desapercibido que los procesados en sus injuradas refirieron la existencia de tres apoderados de los pensionados, la realización de reuniones en presencia de tales y la celebración de sendos acuerdos de pago.

Esas referencias explicarían por qué en el documento de 23 de febrero de 2005, se alude “a los apoderados de los diferentes procesos”, empero sin identificar nombres, procesos, ni pensionados representados, ni por supuesto, la especificación de los alcances y limitaciones de cada uno de los supuestos poderes otorgados.

Probatoriamente se pudo establecer que la entidad territorial también le canceló significativas sumas a los abogados ERMR y JAGR, empero legalmente no se acreditó por qué AC adquirió la calidad de único acreedor del municipio, ni los términos de esos otros dos acuerdos.

[...]

Una vez más, tal situación fue trivializada por el ad quem, a pesar de su relevancia jurídico penal y de su incidencia en el sentido de la decisión judicial.

Las facultades para conciliar y transigir no son hechos notorios, ni pueden ser presumidas, sin más.

Por el contrario, deben ser expresamente conferidas por el mandante, tal y como lo disponen los artículos 70 del Código de Procedimiento Civil aplicable, y el 2471 del Código Civil.

Es más, la norma imperativa y sustancial es inequívoca cuando dispone: “Todo mandatario necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir”. (Se destaca).

En esos términos, la manifiesta ilegalidad del acuerdo de febrero 23 de 2003 también se deriva de la inexistencia de poderes especiales para transigir, de la ausencia de mandato particular en que se especificara, en cada uno de los 130 casos, cuál era el derecho sobre el que iba a recaer el acuerdo.

Si el exalcalde municipal VQ, deseaba dirimir el litigio y entregar recursos de los titulares del

derecho al abogado de estos, se encontraba en la insoslayable obligación de corroborar que, a ese profesional, cada pensionado le había otorgado poder tanto para transigir, como para recibir. Empero, jamás podía suponer la existencia de tales potestades, si su verdadero interés era la prevalencia de la legalidad y la integridad del patrimonio estatal.

Con esa misma lógica, si AC (abogado) pretendía transigir y recibir, los montos correspondientes al reajuste pensional de ciento treinta pensionados, se encontraba en la obligación de acreditar que cada uno de esos adultos mayores le había otorgado un mandato con esas específicas facultades.

Ninguna de las dos situaciones se verificó en este asunto.

Esta conclusión es relevante para afirmar la configuración del prevaricato por acción y de su relación medial en la actualización del peculado por apropiación a favor de terceros.

CONCILIACIÓN - Diferente a la transacción / **CONCILIACIÓN** - Similitud con la transacción / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, suscrito con quien no tiene la capacidad para celebrarlo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: cuando se suscribe acuerdo de pago de una obligación por parte de la entidad pública, sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación / **CONTRATO DE MANDATO** - Facultades: las establecidas en el contenido del documento / **PODER** - Facultades: la de conciliar no conlleva per se la de transigir / **PODER** - Facultades: conciliar, transigir y recibir, deben ser conferidas expresamente por el o los mandantes

Sin reiterar lo ya afirmado en materia de transacción, desde la óptica de la (in)existencia de poder especial, llama poderosamente la atención de la Corte la ligereza probatoria con la que se mutó la naturaleza del acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 de “conciliación” a “transacción” y dicha modificación fue extendida, sin análisis alguno, ni rigurosidad mínima, al tema del mandato y las facultades del profesional del derecho que intervino en ese acto.

El 23 de febrero de 2005, los procesados suscribieron un “acta de conciliación” y, en ese

documento, dejaron expresa constancia de que AC:

Obraba en calidad de apoderado de los pensionados y

Se encontraba “debidamente facultado para conciliar y recibir”.

No obstante, nunca fueron allegados a ese acto consensual, ni a esta actuación los 130 mandatos que acreditaban tanto esa condición, como la concesión expresa de esas facultades.

En los precisos términos del acuerdo de 23 de febrero de 2005, observa la Corte que en ningún acápite se hizo referencia a que AC tuviera la facultad de transigir.

No se trata de un asunto menor, pues mientras la capacidad de conciliar del mandatario supone un ejercicio con intervención de un tercero habilitado por la ley, la facultad de transigir prescinde de ese “mediador” y habilita a las partes a terminar el litigio directamente.

Hasta aproximadamente el 30 de abril de 2015, fecha de la resolución de acusación de primera instancia, para efectos del proceso penal, lo acordado el 23 de febrero de 2005 fue una conciliación, razón por la cual buena parte del reproche se edificó en la inobservancia de los mandatos de la Ley 640 de 2001.

Desde el 25 de septiembre de 2015, fecha de la providencia que resolvió el recurso de apelación de la resolución acusatoria, hasta la presentación de la demanda de casación, precisamente por la argumentación presentada por la defensa en tal sentido, Fiscalía e instancias concluyeron que el pacto celebrado, desde una óptica sustancial y con independencia de la denominación asignada, era una “transacción”, motivo por el cual las exigencias en materia de “conciliación” no resultaban vinculantes.

En la resolución del fiscal ad quem se reiteró el reproche relativo a la falta de acreditación tanto del otorgamiento de poderes, como de facultades especiales.

Si bien es cierto, la conciliación y la transacción son mecanismos diferentes de solución de controversias, pues ésta es contractual y requiere únicamente la voluntad de quienes concurren a ese acto, mientras que aquella exige la aprobación de un tercero, los dos institutos comparten, entre otras, las siguientes características predicables en materia pensional:

No se puede conciliar o transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador o pensionado;

Hacen tránsito a cosa juzgada.

Para su validez y eficacia están sujetos al cumplimiento de los requisitos que, de manera general, exige el artículo 1502 del Código Civil, esto es, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Las partes deben tener la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción, o de ser el caso, tener la legitimidad y facultad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir; es decir, ostentar la representación para disponer de ellos, con fundamento en algún título de carácter jurídico (mandato).

Establecido lo anterior, en el marco de las consideraciones que anteceden, la Sala advierte que el título otorgado al documento (conciliación) o la naturaleza atribuida por la defensa y reconocida por las instancias (transacción) carece de la entidad y relevancia que se le ha conferido, en la medida en que, esos dos mecanismos reglados de solución de controversias, comparten unos atributos legales comunes que debían ser observados por los procesados.

La acusación fáctica y jurídica que realizó la Fiscalía General de la Nación, en contra de VQ por el delito de prevaricato por acción, hace referencia, precisamente, a los requisitos legales básicos y transversales de ambas figuras; la primera y más importante de ellas la necesidad inexcusable de contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del municipio para celebrar cualquier acuerdo que implicara erogaciones a cargo de la entidad territorial, tal y como fue debidamente explicitado.

La segunda acreditar la capacidad (titular del derecho o poder especial) para celebrar el acuerdo y finalizar la disputa entre partes.

Delimitado ese contexto, incluso al asumir en gracia de discusión que AC hubiese contado con los 130 poderes, la Sala advierte que, supuestamente, según el texto del acta de 23 de febrero de 2005, sólo estaba “debidamente facultado para conciliar y recibir”, empero nunca acreditó, ni tampoco se consignó que contara con la facultad de transigir.

Y es que el “cambio” de la naturaleza jurídica del acuerdo de 23 de febrero de 2005, de conciliación a transacción, no podía comportar que los mandatos supuestamente a él conferidos (cuya existencia y contenido real, en cualquier caso, jamás se acreditó) para conciliar y recibir, también contenían automáticamente la facultad de celebrar una transacción o que los mandatos “mutaron” para comprender y especificar el derecho que sería objeto de la misma.

Si jurídicamente resultara válido que lo sustancial del acuerdo prime sobre la denominación otorgada, las facultades del mandato no dependen del título del acuerdo, ni de la esencia de este, sino única y exclusivamente del contenido del documento en el que se especifican las facultades del mandatario.

Por esa elemental razón, un poder para conciliar y recibir, cuya existencia nunca se demostró, se itera, no conlleva automáticamente la capacidad de transigir.

Así las cosas, el entonces alcalde VQ, debía corroborar la capacidad para transigir del abogado AC, misma que estaba supeditada a la efectiva demostración del mandato para suscribir una transacción; lo que nunca se evidenció, en los términos tanto del texto mismo del acuerdo de 23 de febrero de 2005, como de la inexistencia de 130 poderes, sobre cuyo contenido y facultades conferidas expresamente no podían especular los jueces de instancia; mucho menos cuando se encontraba de por medio la disposición de cuantiosos recursos públicos.

La primera instancia, en un razonamiento acogido y avalado integralmente por el ad quem, con fundamento en influencias indiciarias concluyó que se encontraba “plenamente demostrada la existencia de los poderes”.

Esa construcción inferencial se evidencia desacertada, por cuanto al definir los hechos indicadores, el a quo desconoció el acervo probatorio, con lo que incurrió en trascendentes errores de hecho, tal y como se procede a detallar.

[...]

Si el único acreedor - demandante era AC resulta alejado de la realidad afirmar que los pensionados le otorgaron nuevamente “poder para que defendiera sus intereses en el proceso 254 de 2005”, pues procesalmente no eran, ni podían ser parte en ese proceso.

Si de lo que se trataba era de la defensa de esos intereses, el citado profesional del derecho debía acudir al proceso como mandatario, según poderes previamente conferidos, para ser reconocido como tal.

Dado que para iniciar el proceso 2005-254 no fueron conferidos poderes por parte de los pensionados, mal podría deducirse, de un acto inexistente, que éstos se los otorgaron en febrero de 2005, para celebrar una transacción.

En otros términos, al tergiversar la prueba y suponer evidencias inexistentes, el hecho indicador fue tenido como tal, empero, sin estar realmente acreditado.

Finalmente, por la revisión del cuaderno anexo n°1 del expediente electrónico, se advierte que no obra ningún poder. Además, a los que hacen alusión las sentencias, según el texto de los proveídos, son posteriores a febrero 23 de 2005.

Si al construir el segundo indicio la primera instancia concluyó que “solamente se puede ratificar lo que previamente se ha concedido”, tal deducción, en el contexto analizado y probado, en el mejor de los casos es equívoca y puramente contingente.

En este evento particular, al igual que la frase “debidamente facultado para conciliar y recibir”, consignada en el acuerdo de 23 de febrero de 2005, la “ratificación de poderes” fue una nueva vía encontrada para suplir la inexistencia de mandatos y robustecer la impresión de que estos sí habían sido conferidos. No obstante, lo cierto y demostrado es que nunca fueron aportados ni introducidos por los interesados.

[...]

La Sala considera que, bajo ninguna consideración, un poder para demandar y lograr el pago de una acreencia o derecho implica y conlleva, automáticamente, las facultades de conciliar, transigir y recibir, pues éstas deben ser expresamente conferidas.

Los 130 mandatos con ese contenido y facultades no fueron acreditados y las instancias los dieron por probados, sin respaldo suasorio.

De ese modo, se estructuró un defecto trascendente al equiparar probatoriamente la existencia de poderes para demandar laboralmente al municipio en 2002 y 2003, con el otorgamiento expreso de las facultades de transigir y recibir en 2005, aspecto fáctico y

jurídico que no fue demostrado y sí erróneamente dado por probado con supuestos no probados.

[...]

Desde la perspectiva del juez laboral, claramente, el legitimado para solicitar la terminación del proceso por transacción era el apoderado de los demandantes, pues había sido debida y previamente reconocido en la actuación, en esa condición.

La Fiscalía no cuestionó en la acusación el proceder judicial del abogado, ni del municipio en esos siete procesos. Lo que sí fue objeto de investigación y enjuiciamiento fue el acto celebrado entre AC y el exalcalde de Cúcuta, el 23 de febrero de 2005.

Esa precisión deviene relevante para evidenciar el equívoco del a quo, toda vez que a quien le correspondía verificar el lleno de las prescripciones sustanciales del acuerdo (entre las cuales se encontraban naturalmente la existencia de poderes con facultades para transigir) era al representante legal del municipio y no al juez laboral, quien no estaba llamado a verificar que la transacción estuvo antecedida por la exhibición de poderes para transigir.

[...]

Ese proceso inferencial también se muestra especulativo, al menos por dos razones.

[...]

Por lo expuesto, erró la primera instancia, al igual que la segunda al validar completamente ese razonamiento, cuando concluyó que “en verdad sí existieron los más de 100 poderes que se necesitaban para lograr llevar a cabo válidamente la transacción cuestionada”; defecto trascendente que influyó directamente en el sentido absolutorio de la sentencia y que debe ser enmendado en sede de casación.

CONDENA EN COSTAS - Procedencia / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: por el juzgado / **COSTAS PROCESALES** - Rubros que las componen / **CONDENA EN COSTAS** - Liquidación: objeción / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), acto administrativo, acuerdo de pago de una obligación, costas procesales / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo

Según los artículos 392 y 393 del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil vigente y aplicable para la época de los hechos, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Además, se condenará en costas a quien se le decida adversamente un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza.

Las costas deben ser liquidadas por el juzgado de la respectiva instancia o recurso y la liquidación puede incluir el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.

Ese computo podía ser objeto de objeción, en el término legal, caso en el cual el funcionario judicial puede o no aprobarlo con las modificaciones.

En ese específico marco normativo, pactar el 23 de febrero de 2005, un pago por concepto de costas en contra del municipio, constituía una evidente e insalvable ilegalidad, tal y como lo sostuvo la acusación.

De un lado, se advierte que no procedía la condena en costas ni su pago, pues al celebrar el acuerdo de voluntades de febrero de 2005, los procesados no podían tener al municipio como “parte vencida en el proceso”, no al menos en cuatro de los asuntos que no habían sido fallados con sentencia ejecutoriada (rads. 2003-013; 2003-226; 2003-387; 2004-241).

Por esa razón, el haber pactado una rebaja del “5% de costas” en el radicado 2002-213 y de “10% de costas” en los procesos 2003-226, 2003-387; 2003-241, que carecían de sentencia ejecutoriada, era un proceder palmariamente irregular, por cuanto no se cumplía el requisito normativo para la configuración de las costas procesales (haber sido vencido en juicio) y tampoco implicaba una renuncia o concesión real y recíproca de una de las partes en la transacción (pensionados).

De otro, la condena y pago de costas, en los términos de la cláusula segunda del documento firmado, vinculada al 5% en el radicado 2002-

210, careció de una liquidación previa, pues en el citado documento no se consignó el monto de las mismas, la decisión judicial que las fijó, el uso del término legal por parte de la entidad demandada para objetarlas, por lo que ese grado de indeterminación impedía asumir una obligación cargo del erario público, pues no se estableció el monto a pagar, ni la razón del porcentaje rebajado (5%) o por qué no fue superior.

No pasa desapercibido para la Sala que el 21 de septiembre de 2004 (rad. 210-2002), en razón del acuerdo común de las partes, el Juzgado Tercero Laboral de Cúcuta señaló la cantidad de \$125.670.941.02 por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada.

No obstante, en el documento de 23 de febrero de 2005 ninguna mención se hizo a ese concepto y rubro, circunstancia también indicativa de la arbitrariedad que gobernó la confección del acuerdo y su pago, sin respeto por la legalidad, ni la realidad; así como del ánimo de apropiación y lucro visto el porcentaje finalmente descontado.

Es decir que el pacto en materia de costas también afectaba las finanzas públicas y carecía ostensiblemente de los supuestos fácticos y normativos que habilitaban tal pago, en tanto la entidad territorial no había sido vencida en cuatro actuaciones judiciales; en uno no se indicó el porcentaje de rebaja de las costas; y sobre los radicados 2002-231 y 2002-213, nada se pactó, ni consideró en materia de costas, a pesar de que sí contaban con fallo en firme.

Y tratándose de los 3 expedientes en los que la sentencia ya se encontraba ejecutoriada, al tenor del artículo 393 ejusdem, existía un procedimiento para liquidar esa erogación económica, es decir, desde la perspectiva de la legalidad y de la transparencia, les correspondía a las partes especificar cómo y por qué se llegaba a determinada cifra y qué conceptos (timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales, etc.) se encontraban allí incluidos.

Si, según el acta de 23 de febrero de 2005, el objetivo de la transacción era “resguardar el patrimonio municipal”, evitar “el crecimiento inmoderado de las condenas”, tampoco se entiende por qué el municipio aceptó el pago de costas, cuando dicha erogación no resultaba obligatoria en esa negociación, ni beneficiaba las

finanzas del municipio y podía ser una de las renunciaciones o concesiones de los demandantes.

Nada de lo anterior se ve reflejado en el documento signado el 23 de febrero de 2005, en el que únicamente primó el querer de los procesados, quienes deliberadamente se abstuvieron de indicar por qué procedía la condena en costas y cómo habían llegado a esos porcentajes, sin liquidaciones previas ni sentencias ejecutoriadas, en la mayoría de los casos transigidos, de modo abiertamente irregular.

Ese proceder es manifiestamente contrario a derecho y claramente demostrativo del obrar doloso de los acusados, en punto de la emisión de una decisión abiertamente ilegal y de la apropiación ilícita de recursos públicos.

PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros: demostración / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: se configura al realizar el pago de costas procesales improcedentes

Desde la perspectiva del detrimento al erario, para la Sala no pasa desapercibido que AC (abogado), en su indagatoria, reconoció de manera expresa y detallada que “mi propuesta económica, en cuanto a que los honorarios serían del 25% del valor del derecho principal de cada pensionado más las costas o agencias en derecho que se llegaren a fijar (sic) en cada proceso”. (Se destaca)

Es decir que la razón para haber pactado, el 23 de febrero de 2005, el pago de costas manifiestamente improcedentes era el innegable interés del prenombrado de hacerse a los dineros del municipio, por ese concepto, así la entidad territorial no hubiera sido derrotada en los estrados judiciales.

Ese pago, en razón al convenio contractual referido, únicamente beneficiaba ilegítima e ilegalmente al citado profesional del derecho.

No obstante, VQ (alcalde) obligó al municipio de Cúcuta que pagó dichas costas, con lo que permitió deliberadamente esa apropiación injusta.

Si como lo refirió la primera instancia, “cuando el proceso termine por transacción o ésta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa (Art. 340 del Código de Procedimiento Civil, inciso cuarto)”, en este

asunto, en la mayoría de procesos laborales (4), no había lugar al pago de costas; y su pacto y pago, por parte de los procesados, únicamente se explica por el ánimo de lucro, pues ese reconocimiento dinerario implicaba una notoria desmejora del patrimonio público, en la medida en que la entidad municipal no había sido procesalmente vencida y las autoridades administrativas estaban llamados a rechazar a ese cobro, si de preservar el dinero público se trataba.

Lo aquí expuesto desacredita la argumentación de la segunda instancia, en punto a la ausencia de ánimo de lucro, de apropiación y de proceder deliberado de los procesados, en tanto el único beneficiado con tal arreglo económico e ilegal fue AC.

Adiciónese que, durante su injurada, AC argumentó que “el jefe de la oficina jurídica... me entregó mediante oficio las noventa y ocho liquidaciones, que la alcaldía municipal efectuó a través de su experto en el caso de mis procesos”.

Sin embargo, según el documento de 23 de febrero de 2005, se conciliaron los derechos de ciento treinta pensionados y no se hizo referencia a ninguna liquidación.

A lo anterior, agréguese que en inspección judicial realizada a la Alcaldía de Cúcuta, el 24 de marzo de 2009, únicamente fue posible recopilar los comprobantes de egreso de los pagos efectivamente realizados a AC, mientras que tratándose de las liquidaciones, LSC, profesional universitario de la tesorería municipal que atendió la diligencia, manifestó “[e]n esta oficina no reposan actas de liquidación del abogado con respecto a lo que ha recibido cada pensionado, pues la orden de pago sale a nombre del Abogado a quien ellos le dieron el poder y a quien sale al orden de pago emitida por la oficina de Presupuesto- Secretaria de Hacienda”.

El reconocimiento y pago de costas procesales, en los términos detallados en precedencia, evidencian el carácter manifiestamente ilegal de lo acordado el 23 de febrero de 2005, así como la desvalorada apropiación de recursos públicos a favor de un tercero.

PECULADO POR APROPIACIÓN - Demostración / **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Gasto público: principios / **SENTENCIA** - Condenatoria: a cargo de la Nación, obligaciones dinerarias, solicitud de pago / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Se

configura: a través de un prevaricato por acción, la decisión manifiestamente contraria a la ley es un acto administrativo / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Cumplimiento de un deber legal / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Cumplimiento de un deber legal: no se configura / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: elementos: objetivo y subjetivo / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: tipicidad subjetiva / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: antijuridicidad / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: bien jurídico tutelado, administración pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: se configura / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: Alcalde / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: el grado de participación del particular corresponde al de interviniente

GV obligó a Cúcuta a pagar a favor de AC siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte (\$7.985.856.757,84.), de los cuales le fueron efectivamente entregados cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189).

Esa cuantía supera ampliamente los 200 salarios mínimos.

El acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 no determina cómo se llegó a esa cifra; no especifica a qué conceptos corresponde la misma (reajuste pensional; intereses; costas; indexación) y en qué porcentajes; no identifica quién realizó la liquidación, ni cuándo fue conocida y aprobada por el municipio.

Esas precisiones que parecen elementales, en realidad son la expresión concreta de los principios de legalidad, racionalidad, economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, de modo que la disposición de los recursos del Estado debe estar precedida de la liquidación de la obligación a pagar.

No se trata de un discurso abstracto.

El Decreto 768 de 1993 - Por el cual se reglamentan los artículos 2º, literal f), del Decreto

2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1998 -, en su artículo 3° consagra que la solicitud de pago de una obligación dineraria establecida en una sentencia de condena a cargo de la Nación, deberá contener, entre otros documentos, aquellos que “por razón del contenido de la condena, sean necesarios para liquidar su valor”.

Esa obligación tampoco la observaron los procesados y su incumplimiento acredita la flagrante vulneración del ordenamiento jurídico, pues a través de un acuerdo manifiestamente irregular dispusieron ilícitamente de cuantiosos recursos del Estado, en tanto, como ya quedó establecido, se cancelaron más de cinco mil millones y quedaron pendientes de pago casi tres mil sin determinación, ni liquidación de las obligaciones, ni facultades para transigir y con palmaria ausencia de visto bueno por parte del Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de Cúcuta.

Si la conclusión de atipicidad de la conducta de prevaricato por acción de las instancias se cimentó en la legalidad del acuerdo, de la que también se dedujo la licitud de cancelar dineros en cumplimiento de un deber legal de pagar lo adeudado, es claro que, debidamente acreditado el ostensible desconocimiento del ordenamiento jurídico con el “acta de conciliación”, el pago debe también reputarse como apropiación de recursos públicos contraria a la normatividad.

Sobre esa causal de ausencia de responsabilidad, reconocida expresamente por las instancias para descartar el compromiso penal de los procesados, la Sala expresó:

“El estricto cumplimiento de un deber legal - art. 32-3- se configura como causal de ausencia de responsabilidad, cuando se llevan a cabo conductas descritas objetivamente en un tipo penal, que a su vez están autorizadas o permitidas por el ordenamiento jurídico en condiciones específicas. Se trata de una causal de justificación de la conducta, en tanto el comportamiento encaja en el tipo objetivo, pero carece de antijuridicidad por estar autorizado”.

El cumplimiento de un deber legal, como causal de ausencia de responsabilidad, a diferencia de lo considerado en las sentencias de instancia, no emerge de la celebración ilegal y caprichosa de un acuerdo de pago con recursos públicos.

Esa argumentación no puede validarse por varias razones.

La real obligación del entonces burgomaestre era verificar que: i) AC tenía facultad de conciliar y transigir; ii) el comité de conciliación aprobaba el acuerdo; iii) la transacción recaía sobre derechos judicialmente reconocidos; y iv) los montos obedecían a unas liquidaciones debidamente discriminadas, en términos de concesiones recíprocas, nada de lo cual hizo, con el propósito de permitir la apropiación injusta de los recursos públicos.

El cumplimiento de un deber legal suponía, por definición, que la obligación de pago tenía un origen lícito que en ningún caso puede ser la arbitrariedad del representante legal de la entidad territorial de obligarse de cualquier modo a pagar unas obligaciones.

Tratándose del patrimonio público su actuar debía observar, de manera estricta, los requisitos normativos que definían la legalidad de un acuerdo de las características aquí estudiadas.

Así las cosas, “cumplir con la obligación exclusiva de pagar el reajuste pensional derivada de la Ley 6ta. de 1992”, según concluyó la segunda instancia, para resultar un argumento admisible de inexistencia del compromiso penal, suponía imperativamente que los procesados, tal y como lo reprochó la resolución de acusación, verificaran que todos los pensionados habían sido beneficiados de una sentencia en firme que reconociera el reajuste y, en consecuencia, el deber legal, ahora sí, de cancelar esa obligación.

Ese supuesto fáctico y jurídico no se acreditó en la actuación, pues desde la misma acta de 23 de febrero de 2005, se definió que cuatro procesos no contaban con sentencia ejecutoriada, lo cual excluye la existencia de un deber legal de pagar una obligación que no había sido reconocida judicialmente, en la medida que el derecho al reajuste era objeto de debate en sede judicial.

Por esa razón, el pago efectuado constituye una apropiación indebida de los recursos públicos, en cuantía superior a los 200 salarios mínimos.

Haber obligado al municipio a pagar casi ocho mil millones de pesos sin claridad y especificación del objeto, sin liquidaciones, sin reconocimiento previo judicial o administrativo del derecho al reajuste, generó una apropiación de recursos jurídicamente desaprobada, pues no se trató de un acuerdo entre particulares que únicamente debía obedecer a la autonomía de la voluntad,

sino que, por intervenir una persona de derecho público, debía respetar los requisitos legales a los que se ha hecho referencia en extenso.

Por último, se destaca que, de modo incomprensible, los fallos de instancia absolviéron a los procesados por atipicidad objetiva de las conductas, empero resaltaron la inexistencia del peculado, por ausencia de antijuridicidad con fundamento en el estricto deber legal de pagar.

Esa argumentación es contradictoria, en la medida en que, como se expuso, esa causal (art. 32.3 de la Ley 599 de 2000) supone la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta realizada, empero ésta carece de antijuridicidad por estar autorizada por el ordenamiento jurídico en condiciones específicas.

En esos términos, aceptar el cumplimiento del deber legal de pagar suponía, al menos, reconocer la tipicidad de las conductas y especificar las normas especiales que facultaban a los procesados a celebrar un acuerdo sin el visto bueno del comité de conciliación, sin liquidación, sin reconocimiento de derecho y sin mandato para el efecto.

En esas condiciones VQ, como autor, y AC, como interviniente, deben responder por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por la indebida apropiación de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) del Estado.

El tipo subjetivo de los punibles endilgados se encuentra completamente verificado luego de constatar que AC y VQ suscribieron, de manera consciente y voluntaria, el acuerdo de 23 de febrero de 2005 sin: contar con el aval del Comité de Conciliación de San José de Cúcuta; verificación cierta y concreta de las facultades del profesional del derecho; reconocimiento judicial o administrativo del derecho al reajuste, en los casos en los que no existía sentencia ejecutoriada; liquidación particularizada del reajuste; haber sido el municipio vencido procesalmente pactaron costas.

Los dos procesados como profesionales del derecho sabían de la importancia de la obligación respetar la legalidad y satisfacer los requisitos para transigir, empero caprichosamente decidieron transgredir el ordenamiento jurídico para lograr la apropiación indebida de recursos

del Estado, en montos y fechas absolutamente identificados.

La contrariedad con la ley es ostensible, pues las normas llamadas a regular el caso eran suficientemente claras; no admitían ninguna interpretación contraria a aquella que se desprende de su tenor literal; habían sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial; pese a lo cual los procesados deliberadamente decidieron soslayar esos mandatos para imponer su capricho y generar la indebida apropiación de recursos públicos.

Por todo lo expuesto, se afirma que AC y VQ actuaron con pleno conocimiento y voluntad de realización de las conductas típicas objeto de acusación, pues su proceder tiene por único fundamento la arbitrariedad propia y el menosprecio de la legalidad, en tanto el acuerdo celebrado se muestra desprovisto de fundamento fáctico, probatorio y jurídico mínimo, empleado como mero instrumento para la apropiación de más de cinco mil millones de pesos.

En esas condiciones, se llega a la conclusión según la cual, los medios de convicción examinados acreditan la flagrante ilegalidad del pacto celebrado el 23 de febrero de 2005 y la ilícita apropiación de recursos públicos, como actos a través de los cuales se lesionó efectivamente el bien jurídico tutelado de la administración pública, sin que se advierta la configuración de causal de ausencia de responsabilidad, en los términos expuestos.

Los procesados en pleno uso de sus facultades físicas y psicológicas, conocedores de la antijuridicidad de tal actuar, en razón de su formación profesional y experiencia, pudieron determinar de otro modo su comportamiento, empero deliberadamente decidieron contrariar el ordenamiento jurídico, a pesar de ser conocedores de lo arbitrario e infundado de su proceder.

Se trata, sin duda, de personas imputables, de quienes era exigible un comportamiento conforme a derecho, pues, de la prueba allegada no es posible suponer, máxime que ello no fue alegado, la incapacidad de ajustar su proceder a la normatividad vigente, advirtiéndose que no concurrió causal de exculpación en su accionar.

Lo precisado con antelación deja en evidencia que en el fallo censurado sí se incurrió en errores trascendentes, en razón de los cuales se tuvo por probado, sin estarlo, que:

El acuerdo celebrado entre el municipio y un abogado no requería del visto bueno, precedente y motivado, del Comité de Conciliaciones y Defensa Judicial.

El abogado contaba con la facultad expresa de transigir, según poderes cuya existencia no se acreditó.

El monto final del pago pactado no debía obedecer a una liquidación debidamente soportada, actualizada y particularizada sobre la situación y derecho de cada pensionado.

El titular del derecho y acreedor del municipio era el abogado y no los pensionados.

El municipio sí estaba obligado a asumir una condena en costas, a pesar de no haber sido vencido en cuatro procesos, ni mediar liquidación debidamente discriminada.

El acuerdo no requería del reconocimiento judicial o administrativo previo del derecho al reajuste de cada pensionado.

La suposición de tales situaciones, sin la existencia de respaldo probatorio implicó que judicialmente, sin acierto, se declarara la legalidad tanto del acuerdo, como del pago y, en consecuencia, la absolución de los procesados, como decisión que se muestra huérfana de respaldo probatorio, jurídico y fáctico, como quedó evidenciado.

Por lo anterior, el procesado GVQ será declarado penalmente responsable como autor del delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros, como ordenador del gasto en su condición de alcalde (e) de Cúcuta; mientras que AC lo será a título de interviniente del punible de peculado por apropiación a favor de terceros, en los términos del artículo 30 del Código Penal, en tanto carece de la calidad especial exigida de servidor público.

PREVARICATO POR ACCIÓN - Gravedad de la conducta / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros: gravedad de la conducta

Previo a determinar la pena, con fundamento en los criterios previstos en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, corresponde emitir un pronunciamiento específico en materia de la gravedad de la conducta, el daño real creado, la

intensidad del dolo y la necesidad de pena en el caso concreto.

Para la Sala es evidente que la conducta juzgada es de suma gravedad, en tanto lesionó de manera considerable el bien jurídico tutelado, al comprometer al margen de la legalidad cuantiosos recursos públicos.

El ilegal acuerdo celebrado por los procesados no mejoró la situación económica del municipio y facilitó nuevas demandas ejecutivas contra la entidad territorial, así como la necesidad de disponer de recursos para cumplir una obligación que, con posterioridad, en ejercicio del control judicial, la misma justicia laboral calificó de nula.

Es decir, los intereses generales de una correcta y eficaz administración del erario de todos los contribuyentes fueron defraudados con la entrega de más de cinco mil millones y la deuda de casi tres mil, todo a favor del abogado AC quien no contaba con las facultades otorgadas por los verdaderos titulares y que al final fue constituido como único acreedor del municipio, a pesar de no ser si quiera pensionado beneficiario del reajuste de la Ley 6ª de 1992.

De manera incuestionable, con el proceder de VQ Y AC las finanzas de Cúcuta fueron gravemente afectadas, dado que el exalcalde obligó al municipio a pagar a un particular casi ocho mil millones de pesos, de los cuales fueron efectivamente entregados más de cinco mil; así como con la correlativa y desaprobada apropiación de los recursos de quien se presentó, el 23 de febrero de 2005, con supuestos poderes para conciliar y recibir, empero procedió a transigir unos derechos y obligaciones indeterminados como se expuso en precedencia.

Las sumas objeto de apropiación, debidamente actualizadas, acreditan de manera innegable el daño grave, cierto y objetivo causado con la conducta punible, pues el patrimonio público se afectó, se privó a la administración de millonarios recursos, a pesar de que no fue posible establecer la fuente de la obligación dineraria, en el entendido que la mayoría de pensionados no contaban con reconocimiento judicial o administrativo del reajuste; como tampoco la contraprestación a favor del municipio, con ocasión del acuerdo celebrado.

El modo en que los procesados dispusieron y se apropiaron, respectivamente, de los recursos de Cúcuta son demostrativos de la gravedad de la

conducta y la entidad del daño, pues VQ Y AC manejaron el erario, como si se tratara de su propio peculio y así desconocieron la necesidad de orientar esos dineros al servicio de los intereses generales en términos de moralidad, eficacia y economía de la administración pública.

Además de la expresión objetiva de la gravedad de la conducta, así como del daño real creado, se tiene en el presente asunto, coherente con lo ya desarrollado a lo largo del proveído, la particular intensidad del dolo se ve reflejada en el número de artificios y medios empleados, de manera aparentemente hábil, para el logro del propósito de apropiación de recursos públicos.

Lo anterior se afirma, toda vez que los procesados acudieron a diferentes herramientas, tales como hacer constar en los documentos realidades no verificadas, dar por ciertas facultades no conferidas, suponer la exigibilidad del reajuste, no discriminar los montos a pagar con remisiones inexactas y no analizadas, ratificar poderes, entre otros, todo para lograr el apoderamiento de los recursos bajo una falsa apariencia de legalidad.

En la administración de los recursos públicos se deben observar con celo los principios de legalidad, probidad y transparencia.

No haber consultado al Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de Cúcuta, a pesar de ser una obligación legal, cuyo contenido era conocido por los dos procesados, máxime que ostentan la condición de abogados, evidencia el contubernio entre servidor público y particular para quebrantar la ley, en la búsqueda de la apropiación de cuantiosos recursos públicos que efectivamente fueron entregados.

Ese comportamiento debe ser sancionado con el rigor que la ley prevé para que se comprenda el imperio de la ley y la importancia de los fondos públicos.

En consecuencia, la pena a imponer a G VQ como autor del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros no será la mínima (96 meses) sino que se incrementará en 25 meses más; y corresponderá a ciento veintiún (121) meses de prisión; multa equivalente al valor de lo apropiado, esto es, cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189); e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Tratándose de ÁIAC, en atención a que fue acusado como “autor en calidad de interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, siendo víctima la Administración Pública - Municipio de San José de Cúcuta N.S.”, corresponde dar aplicación al contenido del artículo 30 del Código Penal, según el cual “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Por lo tanto, la pena a imponer a AC como interviniente responsable del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros corresponderá a noventa (90) meses y veintidós días y medio (22.5) de prisión; multa equivalente al valor de lo apropiado, esto es, tres mil novecientos sesenta y cuatro millones ochocientos cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y un pesos (\$3.964.848.141); e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo término.

Para el delito de prevaricato por acción, el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, contempla una pena que va de 48 a 144 meses de prisión; multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Por lo anterior, el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley se dividirá en cuartos, así:

Cuarto mínimo: de 48 a 72 meses de prisión; multa de 66.66 a 125 salarios mínimos legales mensuales vigentes; inhabilitación de 80 a 96 meses.

Primer medio: de 72 a 96 meses; multa de 125 a 183.32 salarios mínimos legales mensuales vigentes; inhabilitación de 96 a 112 meses.

Segundo medio: de 96 a 120 meses; multa de 183.32 a 241.65 salarios mínimos legales mensuales vigentes; inhabilitación de 112 a 128 meses.

Cuarto máximo: de 120 a 144 meses; multa de 241.65 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes; inhabilitación de 128 a 144 meses.

Según las mismas razones atrás expuestas, corresponde ubicarse en el primer cuarto (48 a 72/66.66 a 125/80 a 96) y allí, al individualizar la pena respectiva, partir del mínimo.

Dado que G VQ (alcalde) fue acusado por un concurso heterogéneo de conductas punibles, que no homogéneo como se plasmó sin acierto en

la acusación, la Sala debe incrementar la sanción, en los precisos términos del artículo 31 del Estatuto Punitivo que prevé:

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

Por virtud del concurso de conductas punibles las penas individualizadas para el peculado por apropiación, se incrementará así: la prisión en

veinticuatro (24) meses; multa en 33.33 salarios mínimos mensuales legales vigentes; e inhabilitación en 40 meses.

Así las cosas, G VQ será condenado a ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión; multa indexada de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) y 33.33 s.m.m.l.v. más; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 185 meses, como autor responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso heterogéneo con el punible de prevaricato por acción.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD -

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) / **CONVENCIÓN AMERICANA DE**

DERECHOS HUMANOS - Órganos de promoción y protección de los derechos

/ **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Competencia / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** -

Procedimiento / **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** - Procedimiento:

solución amistosa / **CONVENCIÓN**

AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS -

Procedimiento: solución amistosa, acuerdo,

efectos / **PRINCIPIO PACTA SUNT**

SERVANDA - Alcance / **ACCIÓN DE**

REVISIÓN - Sala de Casación Penal: no emite juicio de responsabilidad penal de los procesados

Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, para que el proceso sea asignado a un funcionario de esa unidad diferente al que profirió la preclusión para que continúe con la etapa de la causa.

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

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

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. De acuerdo con la providencia del 12 de junio de 2012, emitida por la Fiscalía 80 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, A.Z.D.V. denunció que el 1º de junio de 1992, su hijo O.Z.V. fue sacado violentamente de su casa de habitación, ubicada en la finca del Municipio de San Jacinto, Bolívar, luego de que allí arribara un número considerable de militares pertenecientes a la infantería de marina, quienes ejercían labores de control en la zona.

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

En esta oportunidad, la Sala declaró fundada la causal tercera de revisión del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -cuarta de la Ley 906 de 2004-. Así mismo, dejó sin efecto la actuación a partir, inclusive, de la Resolución del 25 de junio de 2012 mediante la cual la Fiscalía 80 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos decretó la preclusión oficiosa por prescripción de la acción pena. Por lo anterior, ordenó remitir el expediente a la Dirección de Fiscalías Especializadas de la Unidad de

2. Según la denuncia, ingresaron violentamente a la casa, detuvieron al joven, pusieron boca abajo al resto de sus familiares, esto es, a su madre y cuatro hermanos menores, patearon a O.Z.V. colocándole un costal en la cabeza y lo llevaron en contra de su voluntad al interior del camión en que se movilizaban. A ese mismo camión también obligaron a subir a la denunciante, quien fue maltratada y se pudo percatar de los tratos crueles que le infligían a su hijo.
3. Luego de ello, de conformidad con su relato, su hijo estuvo retenido en un colegio y ella, después de ser transportada en el camión en que se movilizaban, fue abandonada, el 4 de junio del mismo mes, cerca de la vereda de Matuya del municipio de María la Baja, Bolívar. Desde entonces, no volvió a tener conocimiento de la ubicación de su hijo hasta cuando, días después, fue hallado su cadáver en estado de descomposición en la base del cerro el Capiro con disparos de arma de fuego.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

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

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

Ante la ausencia de un instrumento internacional que consagrara obligaciones exigibles a los Estados en materia de derechos y libertades en la región, la Organización de Estados Americanos (OEA) promovió la

aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Este tratado fue adoptado el 22 de noviembre de 1969 y Colombia lo suscribió y luego aprobó, mediante la Ley 16 de 1972. En virtud del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, la CADH hace parte del Bloque de Constitucionalidad, lo que significa que las normas que integran este tratado tienen la misma jerarquía de la Carta y sirven como parámetro de control de constitucionalidad (CC C-225 de 1995 y C-221 de 2007).

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

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

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

La solución amistosa requiere del consentimiento de las partes, y en caso de que alguna de ellas exteriorice su voluntad de no continuar la negociación, la misma concluye en ese momento y autoriza que la CIDH continúe el trámite contencioso.

Ahora, cuando se suscribe un acuerdo de solución amistosa, según el artículo 49 de la Convención, la CIDH “redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario

General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible”.

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

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

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

CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Justicia: como valor fundante del Estado / **CONSTITUCIÓN POLÍTICA** - Fines estatales / **DEBIDO PROCESO** - Componentes / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Concepto / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principios / **INVESTIGACIÓN** - Fines / **VÍCTIMA** - Derecho a la verdad, la justicia y la reparación / **PRINCIPIO PACTA**

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

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

A su turno, la administración de justicia como función pública se constituye en el instrumento idóneo para la solución de los conflictos humanos y lograr la tan anhelada paz social a través de las decisiones judiciales en las que se busca dar a cada uno lo que le corresponde. En esta tarea, hay ciertos principios que marcan de forma preponderante el ejercicio jurisdiccional, estos son, los de gratuidad, imparcialidad, celeridad, eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad, postulados que han de ser aplicados con extremo rigor durante todas las fases del proceso.

Ahora, en cuanto hace referencia a la labor eminentemente investigativa y a los fines que le

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

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

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

[...]

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que el reconocimiento de responsabilidad hecho por el Estado da cuenta, de manera incontrovertible, (a) de la existencia de graves violaciones a los derechos humanos en este asunto, que vulneraron las obligaciones establecidas en la CADH y (b) que la investigación no se adelantó con total respeto del derecho del debido proceso, pues se decretó la prescripción de la acción penal dentro de un procedimiento que hasta el momento no ha sancionado a los responsables de los hechos objeto de investigación, lo que motivó que el Estado se comprometiera a darle trámite a la presente acción de revisión.

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

[...]

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

Asimismo, que los hechos objeto de investigación, acaecidos el 1° de junio de 1992, son susceptibles de la aplicación retroactiva de la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -idéntico motivo cuarto del canon 192 de la Ley 906 de 2004-, en tanto para esa época ya estaba vigente la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme a la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 Superior de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala (v.gr CSJ SCP Revisión Rad. 30642 de 2012; Rad 31194 de 2014; Rad. 40949 de 2015; Rad. 51188 de 2022).

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

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

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

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

Olga Lucía Linares López
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9318
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

