República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada Ponente

SP3371-2022
Radicación N° 61904
CUI: 110013104016-2014-00080-01
Acta n° 227

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Sala Casación Penal © 2022

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Corte dicta sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA contra la sentencia del 10 de marzo de 2022, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Mediante esa decisión se confirmó la condena impuesta a aquélla como determinadora de peculado por apropiación.

I. HECHOS

1. Entre 1993 y 1998, la abogada ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA, en calidad de apoderada de múltiples ex trabajadores de la liquidada empresa Puertos de Colombia, solicitó en nombre de aquéllos la cancelación indebida de ilegales reajustes pensionales, con supuesto fundamento en lo previsto en la Ley 4ª de 1976.

Sala Casación Penal@ 2022

2. Pese a la manifiesta improcedencia de dicha pretensión, en el marco de la connivencia existente en la época entre ex portuarios, abogados, inspectores de trabajo, funcionarios de la mencionada entidad y jueces laborales, la señora GÓMEZ DE MEJÍA efectuó reclamaciones judiciales y administrativas para obtener la reliquidación de las pensiones a favor de sus mandantes. Mediante conciliaciones logró el reconocimiento de reajustes de las mesadas, que dieron lugar a la expedición de múltiples actos administrativos y al pago efectivo de algunas prestaciones. En concreto:

2.1. Las del 15 de diciembre de 1993 y 15 de septiembre de 1994, con fundamento en las cuales se profirieron las resoluciones 681 de 7 de julio y 1175 de 3 de octubre de 1994, por valor de $2.666.656.000 y $2.310.987.023, respectivamente, sumas pagadas mediante notas débito 002902 del 15 de julio y 003945 del 4 de octubre de 1994. Además, con fundamento en los reconocidos reajustes, las pensiones se siguieron pagando periódicamente, con los respectivos aumentos, hasta el 30 de noviembre de 2008, fecha en la que se dejaron sin efecto las resoluciones proferidas por LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ, gerente general de

Foncolpuertos, quien fue condenado por los hechos de corrupción que condujeron al desfalco de la entidad.

2.2. Las de número 91 del 27 de mayo y 224 del 31 de julio de 1998, en cuantía de $1.913.628.997 y $4.849.952.217, solicitadas por la abogada GÓMEZ DE MEJÍA, quien para las audiencias sustituyó el poder a la profesional del derecho Carmela Yáñez Bula, las cuales tienen sustento en los citados actos administrativos (681 y 1175). Tales montos, sin embargo, no fueron pagados a sus beneficiarios.

Sala Casación Penal 2022

II. ACTUACIÓN PROCESAL PERTINENTE

3. Por los mencionados hechos, mediante resolución del 30 de abril de 2013 la Fiscalía acusó a ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA como probable determinadora de peculado por apropiación agravado -en cuantía de $4.979.845.023.06-, en concurso real homogéneo con ese mismo delito, en grado de tentativa -por una suma a apropiar de $6.763.581.215.18-, determinación que cobró ejecutoria el 15 de julio de 2014[1].

4. La etapa de juicio le correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá -designado para el conocimiento de asuntos de Foncolpuertos y Cajanal-, cuyo titular dictó sentencia el 17 de noviembre de 2021. Por una parte, decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, en relación con la emisión y pago de la Resolución 681 del 7 de julio de 1994; por otra, tras declarar a la acusada

[1] A la investigación también fue vinculada Carmela Yáñez Bula, mas el 22 de febrero de 2012, dado el fallecimiento de esta sindicada, el fiscal decretó la extinción parcial de la acción penal por muerte.

responsable de los delitos imputados en la acusación (arts. 397 inc. 2°, 27 inc.1° y 31 inc. 1° del C.P.), la condenó a las penas de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 110 meses, multa de 23.414 s.m.l.m. e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada por 11 meses y 5 días. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y concedió la prisión domiciliaria.

5. En respuesta al recurso de apelación interpuesto por la defensora, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la sentencia ya referida confirmó el fallo de primer grado.

Sala Casación Penal © 2022

6. Dentro del término legal, la defensora interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó oportunamente la respectiva demanda. Corridos los traslados de rigor en el tribunal, ningún sujeto procesal distinto a la recurrente se pronunció. Admitida la demanda, la Procuradora 2ª Delegada para la Casación Penal rindió el respectivo concepto.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1. Nulidad.

7. Como pretensión principal, al amparo del art. 207-3 de la Ley 600 de 2000 (en adelante C.P.P.), la censora solicita que "*se decrete la invalidación de todo lo actuado con posterioridad a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción parcial de la acción penal*".

8. A su modo de ver, se violó el debido proceso por haberse dictado sentencia, tanto en primera como en segunda instancia, pese a que el Estado había perdido la potestad de ejercer el *ius puniendi* por prescripción de la acción penal. Ello condujo a la aplicación indebida de los arts. 133 del Decreto Ley 100 de 1980 (en adelante C.P. 80), modificado por el art. 19 de la Ley 190 de 1995, y 397 de la Ley 599 de 2000 (en lo sucesivo C.P. 2000), que tipifican el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía. A su vez, resalta, se dejaron de aplicar los arts. 20, 80, 83 y 84 del "*Código Penal vigente para la época de los hechos, regulatorios de la extinción de la potestad punitiva del Estado por el paso del tiempo*".

Sala Casación Penal 2022

9. Conforme los fallos censurados, prosigue, las normas sustanciales aplicadas por los juzgadores fueron "*indistintamente*" los arts. 133 del C.P. 80, con la modificación del art. 19 de la Ley 190 de 1995, cuya vigencia inició con su promulgación el 6 de junio de ese mismo año, así como el art. 397 del C.P. 2000, expedido el 24 de julio *ídem*. Empero, sostiene, erraron al desconocer que, debido a la "*fecha de ocurrencia de los hechos*", en acatamiento del principio de legalidad la norma aplicable era "*la contenida en la primera de las enunciadas disposiciones, con la reforma del art. 2º de la Ley 43 de 1982*", no las que desatinadamente seleccionaron y emplearon para declarar la responsabilidad de la acusada.

10. El proceso de subsunción normativa, puntualiza, "*resulta totalmente alejado de la realidad y la legalidad*", toda vez que los hechos investigados, concernientes a "*la suscripción de acta conciliatoria, expedición de acto*

administrativo y el pago de los valores indicados…tuvieron ocurrencia el 15 de septiembre, 3 y 4 de octubre de 1994, respectivamente". Por consiguiente, concluye, mal podrían aplicarse las normas invocadas por los falladores, quienes debieron realizar el juicio de adecuación típica con referencia al art. 133 del C.P. 80, modificado por el art. 2° de la Ley 43 de 1982. Esta norma, asevera, preveía una pena máxima de prisión de 15 años, cuando la cuantía de lo apropiado superara el monto de $500.000.

@Sala Casación Penal@ 2022

11. Al margen de que, para el conteo de la prescripción, el término "*se calcule desde la fecha de conciliación, resolución o pago*", en su criterio el plazo se cumplió mucho antes de proferirse la sentencia de primera instancia. Teniendo en consideración que la Resolución 1175 del 3 de octubre de 194 se pagó al día siguiente con la nota débito N° 003945, es claro que el fenómeno extintivo ocurrió "*en esas mismas calendas del año 2009, en tanto la ejecutoria del pliego de cargos, hito procesal que por mandato legal tiene la potencialidad de interrumpirlo, sucedió el 15 de julio de 2014*". Empero, los falladores se abstuvieron de decretar la cesación del procedimiento.

3.2. Violación *indirecta*.

12. Subsidiariamente denuncia la incursión en error *de hecho* derivado de *falso juicio de existencia*, por "*suposición de la prueba sobre la calidad de determinadora de la procesada*".

13. Los juzgadores de instancia, señala, afirmaron la responsabilidad penal sin prueba de la instigación ejercida

por la acusada en los funcionarios de Foncolpuertos, a fin de esquilmar el patrimonio público. En las sentencias impugnadas se advierten *razonamientos* carentes de identificación de las pruebas que acreditan la conducta punible atribuida a la señora GÓMEZ DE MEJÍA. En concreto, enfatiza, (i) no existe evidencia, ni a ella se refieren los juzgadores, sobre la interrelación subjetiva entre aquélla y los funcionarios que reconocieron y ordenaron el pago de las conciliaciones sobre reclamaciones prestacionales; (ii) tampoco se pone de manifiesto que dicha relación fuera medio eficaz para hacer nacer o reforzar en aquéllos la decisión de cometer un delito a través de mandato, consejo, convenio, instigación, seducción, coacción, inducción o violencia y (iii) no se identifica el nexo entre el comportamiento de la procesada y el delito, "*entendido como una conducta eminentemente dolosa y orientada, según señalan los juzgadores, a defraudar el erario*".

Sala Casación Penal 2022

14. Tales "*falencias demostrativas*", a su modo de ver, "*dejan al descubierto que los falladores de instancia hacen precisiones fácticas extrañas a los elementos de prueba obrantes en el proceso (suposición)*". Se pasa por alto que la procesada no reúne las condiciones que la cualifiquen como sujeto activo de peculado, pues carecía de disponibilidad material y jurídica de los recursos públicos apropiados. Además, a aquélla se le tiene por determinadora "*a partir de suponer indebidamente que estaban acreditadas las exigencias probatorias que para este especial sujeto se requieren*".

15. De esa forma, enfatiza, se "*inaplicó el principio de necesidad de la prueba (art. 232 de la Ley 600 de 2000), que*

exige que las sentencias deben fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación y que no es posible dictar sentencia de condena si no obra en el proceso prueba que conlleve a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado".

16. En esa dirección, asevera, "*la ausencia de elementos de persuasión para demostrar con certeza que ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA obró como determinadora de los mencionados delitos debió conllevar a su absolución, bien por ausencia de responsabilidad o debido a la insalvable duda que emerge ante los indemostrados y sí supuestos actos de incidencia o influjo que dolosamente ejerciera frente a los servidores públicos, para apropiarse de recursos públicos en favor suyo o de terceros*".

Sala Casación Penal © 2022

17. En consecuencia, solicita que se case la sentencia impugnada y, en su lugar, se profiera fallo absolutorio de reemplazo.

3.3. Violación directa.

18. Por último, en subsidio del anterior cargo, solicita a la Corte que *conceda* la suspensión de la ejecución de la pena, por razones humanitarias y en atención a los fines de la pena. Ello, bajo el entendido que el *ad quem* interpretó erróneamente los arts. 471 y 362-1 del C.P.P., por "*desconocimiento del precedente judicial*".

19. Al respecto, destaca, la señora GÓMEZ DE MEJÍA tiene 70 años y, de acuerdo con diagnósticos médicos *que adjunta al libelo*, presenta graves quebrantos de salud, como

trastornos cognoscitivos y demencia senil. Tales circunstancias, a la luz de lo considerado en la SP646-2021, muestran que cumple las condiciones para la concesión del subrogado y, en el marco de la prevención especial, no hay necesidad de ejecutar la pena.

20. Sin embargo, alega, el tribunal yerra en la interpretación de las referidas normas al sostener que, "*aunque el tratamiento penal tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor, eso no significa que la retribución y la prevención dejen de tomar parte en el análisis asociado a la posibilidad de suspender o no la ejecución de la pena privativa de la libertad*".

Sala Casación Penal 2022

21. Una adecuada interpretación de los criterios para la concesión del subrogado, enfatiza, ha de ponderar que la sentenciada es una anciana enferma, "*afectada con problemas cognoscitivos y demencia senil (ver certificado médico anexo*)".

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

22. En criterio de la procuradora, el reclamo de nulidad es manifiestamente infundado, comoquiera que la acción penal no está prescrita. La alegación de la censora se basa en un incorrecto cálculo del fenómeno, por indebida fijación del punto de partida del conteo respectivo. En ese sentido, destaca, la demandante pasa por alto que, según la acusación, el peculado comprende las sumas que periódicamente fueron consignadas a los beneficiarios de las ilegales reliquidaciones pensionales, extendidas en el tiempo hasta que los actos administrativos que las concedieron

quedaron sin efectos jurídicos. Empero, la censura desconoce ese referente fáctico y desatinadamente contabiliza la prescripción desde la fecha de emisión de las resoluciones concernidas.

23. En ese sentido, por una parte, resalta que el pago de la Resolución N° 1175 del 3 de octubre de 1994 se verificó mediante la nota débito N°. 003945 del 4 de octubre de 1994, pero mensualmente se siguió cancelando la prestación en un monto ilegal hasta el 30 de noviembre de 2008, fecha en que se profirió sentencia condenatoria en contra de LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ, por los delitos cometidos en calidad de gerente general de Foncolpuertos; por otra, destaca, los acuerdos a los que se llegó en las conciliaciones N° 091 del 27 de mayo de 1998 y N° 224 del 31 de julio de 1998 no alcanzaron a pagarse, mas siendo la pena aplicable de 16 años y 10 meses, la acción penal no prescribió en la investigación ni en el juicio, dado que la ejecutoria de la resolución de acusación data del 15 de julio de 2014.

Sala Casación Penal 2022

24. Tampoco, prosigue, ha de prosperar el cargo subsidiario por violación indirecta de la ley sustancial, dado que, contrario a lo expuesto por la libelista, la declaratoria de responsabilidad penal está soportada en razones probatorias sólidas para afirmar que ETILVIA GÓMEZ actuó como determinadora de los funcionarios corruptos que concurrieron al reconocimiento de prestaciones manifiestamente ilegales que, a la postre, se concretaron en la afectación y amenaza del patrimonio público.

25. En cuanto al segundo cargo subsidiario, formulado por vía de la violación directa, es del criterio que no hay

fundamento para reclamar la suspensión de la ejecución de la pena, subrogado negado correctamente en las instancias. Los juzgadores, resalta, "*ponderaron*" la edad de la sentenciada, pero considerando "*la naturaleza del delito*", concluyeron que era necesaria la ejecución de la pena de prisión.

26. Además, puntualiza, de las normas invocadas por la censora se extracta que la suspensión de la ejecución de la pena "*no es un elemento jurídico que obre de manera autónoma en atención a la única consideración de la edad del procesado*". El legislador consagró "*unos precisos requerimientos de orden objetivo que devienen inaplazables y que no se cumplen en el sub exámine*", junto "*al deber de establecimiento y ponderación de la personalidad del infractor y de las características y peculiaridades del delito, como elementos que le permitan establecer su procedencia*". Esos aspectos, dice, fueron determinados conforme a los hechos y, al ser analizados en conjunto, ciertamente resultan contrarios a la solicitud.

Sala Casación Penal © 2022

27. En consecuencia, dado que a su modo de ver ningún cargo está llamado a prosperar, solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

28. Sin embargo, insta a la Sala a que case parcialmente la decisión, a fin de redosificar la sanción penal, como quiera que, si bien se pagaron prestaciones ilegalmente liquidadas hasta el 30 de noviembre de 2008, la "*génesis*" del peculado se dio en la nota débito del 4 de octubre de 1994. De ahí que, como hubo un tránsito legislativo desde el art. 133 del C.P. 80 hasta el art. 397 del C.P. 2000, es más benéfica la pena

prevista por la primera norma, modificada por el art. 2° de la Ley 43 de 1982.

29. Por esa razón, finaliza, "*en la estimación del monto de la sanción imponible se debe verificar una debida ponderación entre el segmento de conducta acaecido en vigencia de esa inicial disposición más favorable y lo que debe ser materia de punición, con mayor intensidad sancionatoria, por haber sucedido dentro de la vigencia de las posteriores Leyes 190 de 1995 y 599 de 2000*".

Sala Casación Penal@ 2022

V. CONSIDERACIONES

5.1. Vigencia de la acción penal.

30. La Sala descarta que la acción penal esté prescrita, como lo alega la censora. Al margen de la equivocada invocación de la causal de casación, lo cierto es que, en el fondo, el reclamo es *infundado*, pues se soporta en dos premisas erróneas: por una parte, que el conteo del término prescriptivo aplicable a la investigación ha de *iniciar* el 4 de octubre de 1994; por otra, que al haberse efectuado el primer pago de las reliquidaciones pensionales mediante nota débito de esa fecha, la pena a considerar es la prevista en el art. 133 del C.P. 80, modificado por el art. 2° de la Ley 43 de 1982.

31. En cuanto al primer aspecto, haciendo abstracción de los fundamentos de la acusación y las razones expuestas en la sentencia de segunda instancia, la demandante *mutila* el marco *fáctico* en que se imputó a la acusada la comisión, en calidad de determinadora de peculado por apropiación. Si bien la consumación de ese -primer- delito se dio en ese

momento, también es verdad que la hipótesis delictiva comprende la afectación *prolongada y sucesiva* del erario, más allá del *inicial* pago ilegal de reajustes pensionales con efectos retroactivos.

32. Por ello, al tenor del art. 84 inc. 2° del C.P. 2000 (así como a la luz del art. 83 del CP 80), el término de prescripción comienza a contar desde la perpetración del *último acto*. En ese sentido, si bien el detrimento al patrimonio público *inició* con un pago correspondiente al ilegal reajuste de las pensiones -con efectos retroactivos, mediante la Resolución 1175 del 3 de octubre de 1994-, la afectación pecuniaria *siguió produciéndose* con posterioridad a la nota débito N° 003945 del día siguiente, mediante la cual se pagaron los montos reconocidos en dicho acto administrativo.

Sala Casación Penal 2022

33. El reajuste implicó que las mesadas pensionales de los beneficiarios se incrementaran y, *con un mayor valor de origen ilícito,* se continuaran pagando mensualmente, pese a su ilegal liquidación. Esto, indiscutiblemente, condujo a la prolongada realización de la conducta típica hasta que, mediante decisión judicial del 30 de mayo de 2008, se decretó la cesación de efectos jurídicos del acto administrativo mediante el cual se reliquidaron las pensiones con manifiesta contravención de la ley. Al respecto, el *ad quem* precisó:

> La defensa señala que el pliego de cargos no tuvo en cuenta los pagos mensuales ocasionados con la modificación de la mesada jubilatoria de los exportuarios, de suerte que, debiéndose ajustar la sentencia a los hechos efectivamente imputados (principio de congruencia), el estatuto sustantivo aplicable es el Decreto Ley 100 de 1980 (art. 133) con la modificación de la Ley 43 de 1982, de donde, a su juicio, se sigue la declaratoria de extinción de la acción.

En sentido contrario, la Sala encuentra que la conducta imputada a ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA en la acusación comprende la totalidad de lo reconocido por la entidad demandada respecto de cada extrabajador, con inclusión de los pagos periódicos, como consecuencia de la orden impartida en el acto administrativo.

En efecto, al calificar el mérito del sumario, el fiscal realizó el ejercicio que aquí se cuestiona (conteo del término prescriptivo), así:

"Pareciera que, de acuerdo con lo recibido por CONSUELO *mediante resoluciones 1175 y 681 de 1994, por concepto de incremento por ley 4ª de 1976, la acción penal estaría prescrita en la medida en que, según el art. 133 del Decreto Ley 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, ya habrían transcurrido más de diez años desde su consumación. No obstante…si bien los montos son altos por ese solo hecho,* ***lo cierto es que, como consecuencia de ese ilegal reconocimiento, igualmente hubo, para todos y cada uno de los beneficiarios, reajuste de pensión de jubilación que hasta hoy día se mantiene, de tal suerte que los pagos se vienen haciendo periódicamente*** *(…)* ***Entonces, si la base que dio origen al incremento de la pensión fue abiertamente ilegal, el reajuste, que es mensual, igualmente viene siendo abiertamente ilegal y se mantiene hasta la fecha****; (…)* ***por tanto, el valor de lo apropiado no sería el cancelado en un principio, sino la sumatoria de todos aquellos que se convirtieron en ilegales desde su mismo reconocimiento hasta cuando se realice la suspensión de efectos legales y jurídicos de las mentadas resoluciones y, de paso, se reajuste a sus verdaderas proporciones la pensión de jubilación de los más de 1000 beneficiarios*** *…*

(…)

Como la apropiación no solo deviene del pago realizado a CONSUELO GÓMEZ DE MEJIA con las resoluciones 1175 y 681 de 1994, sino también por el valor de los ilegales reajustes de las pensiones de jubilación de los más de 1000 trabajadores de la extinta Puertos de Colombia terminal marítimo y Fluvial de Cartagena, que en algunos casos aun vienen percibiendo, y en otros reajustando debido a la condena contra el ex director RODRIGUIEZ RODRIGUEZ, por tanto se puede concluir que el delito por el cual se procede (…) no se encuentra prescrito".

Por lo anterior, el fiscal formuló cargos a la prenombrada por "*peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo*", determinación que confirmó su homólogo delegado ante el Tribunal, en los siguientes términos:

> *"La condición de determinadora de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ fue necesaria para que los funcionarios públicos que intervinieron en las conciliaciones, quienes tenían la disponibilidad jurídica para hacer los posibles pagos, con su proceder avalaron los valores supuestamente debidos, los reajustes y por supuesto, elemental****, el pago de futuras mesadas resultantes de aceptar el reclamo a que se contraen las conciliaciones de manera indefinida, hasta cuando se decretó la suspensión de sus efectos****".*
>
> Y es que no puede afirmarse que el ilícito culminó cuando se emitió el acto administrativo 1175 (objeto de imputación), pues, como lo reseñó el Grupo Interno para el Pasivo Social de Puertos de Colombia (GIT), en el memorando 876 de 3 de septiembre de 2004, "*en el mes de octubre de 1994 las mesadas presentaron incrementos entre 23% al 30% frente a las pagadas en el mes de septiembre*", reajuste que coincide con lo establecido en la mencionada disposición: "*… incluir en nómina el reajuste de la mesada pensional por concepto de Ley 4ª de 1976 a partir del 1º de octubre de 1994*". Efectos que solo cesaron con la sentencia proferida contra LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, dentro del radicado 2007-0020, como lo enuncia la UGPP en informe del 16 de enero de 2015.
> En consecuencia, debe tenerse en cuenta que la resolución objetada no consignó únicamente el monto de lo imputado, sino un parámetro a partir del cual determinar el acrecentamiento pensional, previendo con ello múltiples pagos que debieron liquidarse con posterioridad por Foncolpuertos. Luego, *la apropiación de los recursos públicos se concretó con el desembolso realizado por esa entidad,* ***con inclusión de las remuneraciones ulteriores, de manera que la cuantía del peculado se vincula a la totalidad de lo ilícitamente obtenido****.*
>
> Lo anterior demuestra la sesgada lectura que otorga la censora al proveído acusatorio, pues como allí se afirma y correctamente lo desarrolla el *a quo*, el peculado agravado enrostrado a ETILVIA CONSUELO, no obstante ser de ejecución instantánea, tuvo consecuencias patrimoniales diferidas en el tiempo, pues la obligación impuesta fue de tracto sucesivo.

34. Esa interpretación aplicada por el tribunal, valga destacar, es del todo compatible con el entendimiento que del asunto ha fijado la jurisprudencia.[2] Sobre el particular,

[2] La contabilización del término de prescripción en el delito de peculado, desde que ocurre el último pago, hace parte de la línea jurisprudencial contenida, entre otras, en las decisiones SP, rad. 39.414 de 24 de julio de 2012; SP9087-2014, rad. 39.356; SP, rad. 39.353, de 2 de julio de 2014; SP9235-2017, rad. 49.020; SP8914-2017, rad. 47.833; SP364-2018, rad. 51.142 y SP2552-2020, rad. 56.609.

mediante CSJ AP2976-2020, rad. 56.482, reconstruyendo la línea aplicable al asunto, la Sala puntualizó:

> Es por esto por lo que la Sala ha sostenido, en alusión al momento consumativo del delito, que se presenta cuando «el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo»[3], pues no de otra manera se concretaría el verbo apropiar, contenido en la descripción típica de la conducta.
>
> Al acto de apropiación o apoderamiento se puede llegar en virtud de gozar el servidor público de disponibilidad material o disponibilidad jurídica sobre el bien. La primera se presenta cuando el bien está materialmente bajo su custodia. La segunda, cuando no lo está, pero puede disponer del mismo en virtud de las funciones que le han sido asignadas.
>
> (…)
>
> Frente a decisiones que ordenan el pago periódico de sumas de dinero que se proyectan en el tiempo, la Sala ha reconocido que se trata de un acto complejo, donde converge la orden del juez de disposición jurídica y la fecha en que se materializa la conducta mediante la disposición material, la cual se extiende hasta cuando cesen los pagos:
> Se ha dicho en específico:
>
> «*En estas condiciones, las conductas objeto de investigación no se consumaron en la fecha en que se profirieron los fallos, pues como lo tiene admitido la jurisprudencia de la Sala, su ejecución se desplegó en varios actos, en la medida en que expedida la sentencia laboral… y por tratarse de mesadas pensionales, a partir de ese momento se causaron múltiples pagos periódicos cuyas consecuencias se proyectaron en el tiempo* (…)».
>
> «*La ejecución, en consecuencia, no podía hacerse en un solo acto, sino una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico regido por el mismo designio criminal; propósito que consistió en declarar ilegalmente que el monto de la pensión reconocida a favor de los demandantes era inferior a la que se les liquidó en su momento y, por supuesto, en ordenar que el reajuste de esas mesadas se les pagaran en adelante, periódicamente, cada mes, lo que en efecto ocurrió hasta cuando las sentencias constitutivas de prevaricato fueron revocadas*» [4].

[3] SP8914-2017, rad. 47833, SP235-2017, rad. 49020, SP364-2018, rad. 51142 y SP2552-2020, rad. 56609 -entre otras-.

[4] CSJ SP, rad. 39.352 de 20 de febrero de 2013.

> En términos más puntuales ha sostenido que, en estos casos, el delito se consuma con el primer pago, pero por la modalidad de la conducta, sus efectos patrimoniales se extienden en el tiempo generando un estado antijurídico solo determinable con el avanzar del mismo[5], y que por tratarse de una sucesión de actos el término prescriptivo debe contabilizarse desde la última acción.

35. Acorde con esas razones, en el asunto bajo examen, el conteo del término de prescripción en la investigación ha de iniciar el 30 de mayo de 2008, fecha de la sentencia anticipada proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá contra LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ, a quien condenó como autor de peculado por apropiación, en calidad de exgerente de Foncolpuertos. En esa decisión fue que se decretó la cesación de los efectos jurídicos de las resoluciones proferidas ilegalmente, incluida la que dio lugar a los pagos aquí concernidos.

Sala Casación Penal © 2022

36. Bien se ve, entonces, que el planteamiento de la recurrente es equivocado desde la perspectiva de fijación de un aspecto *fáctico*, a saber, la determinación del "*último acto*", con miras a iniciar el conteo de la prescripción. Además, desde el plano de la *selección normativa*, la comprensión de la defensora -así como la de la procuradora delegada ante la Corte, al solicitar una dosificación de la pena en referencia a "*la norma más favorable*"-, es igualmente errónea, pues a la hora de escoger el término a contabilizar, tratándose de la comisión de un delito con permanencia en el tiempo, que ha de valorarse en su totalidad, bajo la óptica de la unidad de acción, el precepto aplicable es el vigente al momento del último acto.

[5] CSJ SP, rad. 38.384 de 21 de marzo de 2012.

37. Así lo tiene definido la jurisprudencia, con fundamento en razones de prevención general negativa, que descartan un conflicto de leyes en el tiempo y, en consecuencia, la aplicabilidad del principio de favorabilidad. En ese sentido, en la CSJ SP287-2022, rad. 55.914, la Corte expuso:

> Si bien se trata de una conducta única desde el punto de vista jurídico, según lo decantado por la jurisprudencia, la ejecución continuada del comportamiento complica la aplicación del principio de favorabilidad por el tránsito de leyes, bajo la consideración que es la vigente al momento de realización del último acto la que se aplica al punible valorado en su totalidad, con independencia de que otra establezca un tratamiento sustantivo más benigno para el momento de iniciarse la acción ilegal.[6]
>
> Esto tiene una razón de ser muy puntual: aplicar la ley vigente al momento de iniciarse la acción permitiría que otros segmentos de la conducta se ejecuten con posterioridad bajo la vigencia de una nueva norma que trata con mayor severidad la conducta, con el conocimiento de que existe una sanción más grave, pero con el convencimiento de que serán penados con menor severidad, lo cual afecta negativamente el principio de prevención general de la pena.
>
> En términos similares la Sala ha explicado esta situación frente a la comisión de delitos permanentes, cuya solución es perfectamente aplicable a la que aquí se analiza, indicando que en estos casos se "***descarta el conflicto de leyes en el tiempo y, por tanto, la aplicación del principio de favorabilidad***" (CSJ SP 22 de mayo de 2013, rad. 35.691).

38. Los planteamientos de la censora y de la agente del Ministerio Público son desconocedores de la decantada posición desarrollada por la Corte sobre el particular. En la CSJ SP 24 jun. 2009, rad. 31.401, ratificada por las antedichas decisiones y corroborada hoy por la Sala, se confrontaron diversas lecturas doctrinales sobre la viabilidad de seleccionar preceptos sancionatorios más benéficos cuando la conducta

[6] Cfr. CSJ SP 7 sept. 2006, rad. 23.790, CSJ SP 23 sept. 2008, rad. 24.184; CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 42.364; CSJ SP 2 abr 2011, rad. 36.227, entre muchas otras.

punible inicia en vigor de una norma y termina su ejecución en vigencia de otra. En ese caso, pertinente para ilustrar lo aquí discutido por vía analógica, se concluyó que la punición -y, por la misma vía, el referente temporal para contabilizar la prescripción- ha de regirse por la sanción establecida a la culminación de los efectos del delito, sin que ello comporte la vulneración del principio de favorabilidad. En ese sentido, en la citada decisión se lee:

> Por último, en cuanto a la petición para que se case parcialmente y de oficio la sentencia de segunda instancia, en garantía del principio de favorabilidad, sobre la base de que la conducta de estafa se empezó a gestar en vigencia del Decreto 100 de 1980 y culminó de ejecutarse en la de la Ley 599 de 2000, debe señalarse que, de acuerdo con la doctrina vigente de esta Corporación, ***en este evento no se da el dilema de selección entre una u otra normatividad, pues lo que corresponde es, habida cuenta de que la estafa siguió ejecutándose también dentro de la vigencia de la nueva normatividad, la aplicación de ésta***.
>
> Al efecto, baste recordar que, en decisión del 20 de febrero de 2008, dentro de la radicación 23.538, la Corte señaló:
>
> *"Finalmente, en cuanto tiene que ver con la aplicación del principio de favorabilidad, con base en que la prueba de cargo está constituida por las muestras recopiladas en mayo y octubre de 1999, por lo que en el parecer del demandante se debió aplicar al acusado "la norma que contemplaba el punible de contaminación ambiental para ese entonces", al contrario de cómo lo hicieron los juzgadores al encuadrar la conducta de aquél "en la norma de mayor punibilidad, haciendo con ello más gravosa la situación jurídica del encausado", hay que decir que si bien es cierto la primera muestra se recogió en vigencia del original artículo 247 del Decreto Ley 100 de 1980, igualmente es verdad que la segunda lo fue, como lo reconoce el actor, cuando dicha norma ya había sido modificada por la Ley 491 de 1999, esto es,* ***que el comportamiento tuvo también cabal configuración bajo el imperio de la aludida reforma, con la que empezó a reprimirse en forma más drástica el delito***.
>
> *Sin desconocer que la variedad de puntos de vista, tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia*[7]*, en este caso la Sala*

[7] Sentencia de 30 de marzo de 2006, rad. 22.813.

comparte la solución al problema jurídico esbozado, en los siguientes términos:

'Tratándose de los delitos de ejecución permanente y continuados, según Antolisei "debe aplicarse la ley posterior, aun cuando sea menos favorable, porque bajo su imperio se ha desenvuelto también una parte de la actividad ejecutiva".

[…]

'Mayor fundamento y explicación racional se encuentra en la postura contraria de otro de los autores patrios de nombradía, Juan Fernández Carrasquilla, quien reacio a aceptar la crítica del fraccionamiento de la conducta en el delito permanente y el continuado porque, a su juicio, lo único que sucede es la alteración de su desvalor jurídico en una y otra ley, explícitamente sostiene que "en los delitos de que trata la acción se realiza en tiempo de diversas vigencias legales y no hay en verdad razón alguna, ni técnica ni humanitaria, para ultractivar una ley favorable pese a que el agente continuó cometiendo el hecho bajo una nueva ley más gravosa para él, que tampoco bastó para intimidarlo o disuadirlo. Tal posición equivale a dejar impune la parte del hecho ejecutado bajo la nueva ley, solución absolutamente inequitativa con respecto a quienes hayan comenzado a realizar el hecho después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación."[8]

'Este autor opta por la tesis de Fontán Balestra, autor foráneo que a su turno sentencia: si "la nueva ley es menos favorable, y la consumación se ha prolongado en el tiempo, de modo que la situación antijurídica se mantiene el día de entrar en vigor la nueva ley, ésta resulta aplicable, puesto que el hecho se consuma también durante su vigencia. Es decir que la ley nueva que tipifica o agrava el hecho es aplicable si una situación preexistente se mantiene a pesar de ella".

Al transpolar esos criterios al caso bajo estudio se tiene que algunos de los actos configurativos de la estafa imputada a los procesados ocurrieron con posterioridad al 25 de julio de 2001, fecha en la que entró en vigor la Ley 599 de 2000, como fue la aplicación de $122.597.390 pagados por Leasing Sudameris a abonar diferentes facturas correspondientes a clientes de Nuevo Taxi Mío o a ANDRÉS OROZCO, lo cual ocurrió el 31 de agosto de 2001.

Por manera que, al prolongarse en el tiempo la ejecución de las conductas por medio de las cuales se mantenía en error

[8] Derecho Penal Fundamental, Vol. I, Edit. TEMIS, 1986, Pág. 127 y 128.

> a la concesionaria, de modo ***que alcanzaron a ser cubiertas por un precepto penal que les dispensó un tratamiento más riguroso, ninguna afrenta se proyecta ni sobre la legalidad ni sobre la favorabilidad, pues la severidad del nuevo castigo, que ya para entonces surgió como preexistente a los comportamientos que se siguieron realizando, no fue obstáculo para llevarlas a cabo***.

39. A la luz de tales referentes, el tribunal acertó al descartar la prescripción del peculado consumado, como quiera que, siendo aplicable el art. 397 inc. 2° del C.P. 2000 para contabilizar el término extintivo de la acción penal, el fenómeno no se configuró en la investigación ni en el juicio.

Sala Casación Penal © 2022

40. La pena máxima corresponde a 22.5 años (reducida a 20 para efectos prescriptivos al tenor del art. 83 inc. 1° *ídem*), término último que no transcurrió con antelación a la interrupción de la prescripción con la ejecutoria de la resolución de acusación (15 de julio de 2014). Ahora, contabilizada desde esta fecha la mitad del plazo (10 años), tampoco hay motivo para extinguir la acción penal en relación con el delito de peculado consumado.

41. Y pese a que la reclamada prescripción se sustenta únicamente en la anterior conducta imputada, no sobra precisar que, de cara al peculado *tentado*, por el que igualmente fue acusada la señora GÓMEZ DE MEJÍA, tampoco se verifica el fenómeno extintivo de la acción penal.

42. La atribución de esa conducta se remonta a la ilegal reliquidación mediante actos administrativos del 27 de mayo y 31 de julio de 1998, por valores de $1.913.628.997 y $4.849.952.217. Sin embargo, esas sumas no fueron pagadas. Para esas fechas, regía el art. 133 del C.P. 80, *modificado por el art. 19 de la Ley 190 de 1995*. Empero, la ley posterior

aplicable, ahí sí por favorabilidad, es el art. 397 del C.P. 2000, pues pese a que ambas conductas prevén idéntica pena de prisión para el peculado agravado por la cuantía (22.5 años, reducidos a 16.8 por efecto de la tentativa), es más benigna la sanción de multa en el *actual* estatuto, pues se determina por la cuantía de lo apropiado, *sin superar* 50.000 s.m.l.m., límite que no se encuentra en la norma anterior.

43. Salta a la vista, entonces, que desde tales fechas no transcurrieron 16 años y 9 meses antes de que se interrumpiera la prescripción. Tampoco han corrido 8 años y 4 meses desde el 15 de julio de 2014, fecha en que la acusación quedó en firme.

Sala Casación Penal 2022

44. Por consiguiente, el primer cargo no prospera, como tampoco hay lugar a casar oficiosamente la sentencia impugnada a fin de reajustar la dosificación de la pena, como lo pide la procuradora delegada ante la Corte, pues, como se explicó, no hay lugar a aplicar el art. 133 del C.P. 80, modificado por el art. 2° de la Ley 43 de 1982.

5.2. Examen del cargo por falso juicio de existencia.

45. Como pasa a exponerse, el reclamo subsidiario, a partir del cual se pretende lograr una decisión absolutoria por la vía de la violación *indirecta* de la ley sustancial, igualmente está llamado al fracaso. Ello, debido a que los reproches por cuyo medio se pretenden acreditar infracciones de *apreciación* probatoria, nada tienen que ver con *ese* proceso aplicado por los juzgadores y, mucho menos, son aptos para acreditar la denunciada modalidad de error. En verdad, los cuestionamientos van dirigidos a la *valoración*

en conjunto de las pruebas, pero aquéllos carecen de solidez y se muestran ineptos para alterar la estructura probatoria que soporta la declaratoria de responsabilidad.

46. La *apreciación* probatoria es el ejercicio de observación, entendimiento o lectura del *contenido objetivo* de las pruebas. Si el juzgador no las advierte o aprehende su contenido de una manera diversa, existirá un yerro en la existencia o en la comprensión de lo que informa el medio de conocimiento. Por su parte, la *valoración* de las pruebas es en estricto sentido un proceso distinto, posterior, consistente en el *razonamiento* aplicable por el juez al *analizar* la información extraída de ellas.

Sala Casación Penal 2022

47. En la fase de *apreciación*, si se quiere, se extrae *información* de la prueba, mientras que en la *valoración* el juzgador escruta o examina cuidadosamente lo que ella le indica, para emitir *juicios de valor*, conclusiones o inferencias, a partir de los cuales declarará probados o no determinadas proposiciones fácticas.

48. Esa es la razón por la cual, en la teoría de la casación, los errores *de apreciación* pueden derivar de *fallas de observación* total o parcial, expresadas, respectivamente, en falsos juicios de existencia o de identidad. A su turno, los yerros *de valoración* sólo pueden ser cometidos en el ámbito del falso *raciocinio,* modalidad de error que tiene ocurrencia cuando el juzgador observa la prueba en su integridad, pero *al valorarla* desconoce los postulados de la sana crítica, es decir, una concreta ley científica, un principio lógico o una máxima de la experiencia.

49. Entendida la diferencia entre las fases de *apreciación* y valoración probatoria, salta a la vista la carencia de fundamento del reclamo elevado por "*suposición de pruebas*". El falso juicio de *existencia* se refiere a la *entidad* o *el ser* de los medios de conocimiento, de donde se sigue que *ese* error de observación tendría lugar cuando el juez comprende que un medio de conocimiento carece de existencia, pese a que ha sido incorporado al acervo probatorio, o entiende que tiene ante sí una prueba, pese a que ésta *no existe en el proceso*.

Sala de Casación Penal@ 2022

50. La primera de dichas hipótesis se presenta cuando el fallador, al proferir la sentencia, desconoce *por completo* el contenido material de una prueba debidamente practicada, es decir, la *omite*. En el segundo evento, "*la inventa"* o *supone*, esto es, afirma la existencia *de una prueba* que jamás fue practicada o recaudada.

51. Bajo esa óptica, la censura no acredita que los juzgadores supusieron alguna prueba. Ello implicaría poner de manifiesto que, pese a *no haber sido practicado*, en la estructura probatoria de la decisión está presente un medio de conocimiento *en concreto, determinado, particular* -inspección, peritación, documento, testimonio, confesión o indicio (art. 233 inc. 1° C.P.P.)- que hubiera sido contemplado. Mas el reclamo no identifica ningún contenido objetivo al que se le hubiera asignado como fuente *una prueba* no incorporada a la actuación. La demanda no da cuenta de que los sentenciadores se "*inventaron*" una prueba y de ella extrajeron información que ingresó al torrente de valoración; por consiguiente, no hay falso juicio de existencia por suposición alguno.

52. Lo que en verdad cuestiona la demandante es la supuesta *insuficiencia* de las *razones* probatorias aducidas por los juzgadores para afirmar la responsabilidad penal (art. 232 inc. 2° *ídem*), esto es, que con las pruebas practicadas y la información extraída de ellas no se alcanza el estándar de conocimiento necesario para condenar. Empero, un reproche de tal naturaleza no concierne a la *apreciación* sino al proceso de *valoración*, que recae sobre la calidad y solidez de los razonamientos e inferencias construidas a partir del contenido objetivo de las pruebas previamente apreciadas.

Sala Casación Penal 2022

53. Mas las alegaciones de la defensora son escasas para poner de manifiesto que en la valoración probatoria hubo infracción de las reglas de la sana crítica y que, por ello, el raciocinio aplicado por los juzgadores está viciado. Además, una simple revisión de la argumentación probatoria construida en la unidad decisoria impugnada muestra que los reproches son *infundados*, carentes de fundamento por incomprensión de la estructura que, en verdad, soporta la premisa consistente en que la abogada GÓMEZ DE MEJÍA actuó como determinadora y, en esa condición, indujo a los funcionarios públicos competentes para disponer jurídicamente del patrimonio público a favor de sus clientes, con base ilícita y en perjuicio de la entidad.

54. La censura en manera alguna cuestiona la ilegalidad de las reclamaciones efectuadas por la acusada, como tampoco que la reliquidación y posterior pago de las pensiones fueron ilícitos. La queja estriba en la supuesta ausencia de prueba sobre la conducta determinadora, pero tal aserto es inaceptable porque éste fue fijado a través de

prueba indiciaria, que para nada ataca la libelista y que la Corte estima sólida.

55. En primer lugar, el *a quo* declaró probado, como *hecho notorio*, que las reclamaciones presentadas por la acusada en representación de sus mandantes, base de los acuerdos conciliatorios por ella logrados tanto individualmente como en asocio con su colega, tuvieron lugar en un *contexto de corrupción generalizada* en Foncolpuertos, tendiente al desfalco de la entidad mediante reconocimiento ilícito de prestaciones, producto de colusión entre funcionarios públicos, extrabajadores y abogados.

Sala Casación Penal 2022

56. En ese sentido, conviene destacar, la jurisprudencia ha reconocido la escalada de corrupción en Foncolpuertos, con ocasión de los procesos judiciales y reclamaciones de índole laboral adelantados por extrabajadores portuarios en su contra, como una situación objeto de valoración, por la vía del hecho notorio (cfr., entre otras, CSJ SP 12 mayo 2010, rad. 29.799).

57. En ese entendido, el juez de primera instancia puntualizó:

> De lo anterior se desprende que no es necesario el atisbo del hecho que vincula a la procesada con quien finalmente cuenta con la disposición de los recursos del Estado, pues basta que haga surgir o reafirmar en el determinado la idea o resolución de actuar contrario a derecho, situación que se da en este caso, pues si realmente hubiera actuado con rectitud y buena fe, no habría solicitado reconocimiento de prestaciones cuando la empleadora había obrado de conformidad a la convención de trabajo y la ley. Así, al elevar reclamaciones de las prestaciones sociales carentes de sustento ante las autoridades, con el propósito inequívoco de recibir beneficios económicos, realizando las gestiones que de su parte eran necesarias para mover el

> aparato administrativo y judicial, a fin de que fueran las autoridades competentes las que dispusieran lo necesario para que su propósito se materializara en la realidad, es decir, lograr que del tesoro nacional se destinaran algunos rubros para engrosar indebidamente su peculio personal.
>
> Es claro que en torno a la liquidación de la empresa portuaria se evidenció efectivamente el desdén y la ligereza de parte de quienes disponían de los recursos, con resultados lesivos en las arcas del Estado. Esta situación fue aprovechada por abogados y exportuarios que, ante el anuente actuar de los primeros, adelantaron un ingente número de reclamaciones sin ninguna clase de sustento legal ni convencional. No se puede argumentar que la procesada desconocía la ilicitud de sus comportamientos, pues nótese que, además de haber accionado por vía administrativa, impulsó trámites adicionales igualmente encaminados a esquilmar el erario, por lo que surge la certeza de que conocía los entramados de esta actuación que aquí la compromete.
>
> En el marco del referido contexto, al no tener la acusada la disposición material ni jurídica de los bienes estatales de los que se apropió, en concurrencia con los referidos funcionarios públicos o de quien tenía carácter homólogo, fue necesario efectuar todas las labores requeridas para que los que ostentaban dicha facultad actuaran conforme a su querer y, por ende, desplegó su accionar en calidad de determinadora responsable de la defraudación.

Sala Casación Penal @2025

58. Bajo esa comprensión, el tribunal puso de presente que, *en ese entramado de corrupción*, en el que era bien conocida la disposición de los servidores públicos con disponibilidad jurídica de los recursos públicos para comprometerlos mediante el reconocimiento de ilegales e injustificadas reclamaciones, ex trabajadores y abogados *se anexaron* a ese ilícito propósito para verse beneficiados con el reconocimiento y pago de prestaciones carentes de sustento normativo.

59. Así, se expone en el fallo de segundo grado, pese a que la entidad ya había aplicado un reajuste y unificó los criterios de acrecentamiento pensional, con los que los beneficiarios se

habían mostrado conformes, años después la acusada ejerció los actos necesarios para que, a través de una insostenible reliquidación, sustentada en una interpretación abiertamente apartada de las disposiciones de la Ley 4ª de 1976, los funcionarios de la entidad destinaran irregularmente recursos a terceros mediante la suscripción de acuerdos conciliatorios. Mediante este mecanismo, la procesada logró que Foncolpuertos dispusiera el pago indebido de incrementos pensionales a más de mil extrabajadores del Terminal Marítimo de Cartagena y que se reconocieran idénticos beneficios, en trabajo articulado con su colega Carmela Yáñez, que no alcanzaron a pagarse.

@Sala Casación Penal e 2022

60. Según razonó el *ad quem*, la connivencia entre la procesada y su colega, por una parte, y los servidores de Foncolpuertos que -respectivamente- accedieron a reconocer y pagar las ilegales prestaciones mediante conciliación, expedición de actos administrativos y órdenes de pago, por otra, *se infiere* de la evidente e inexplicable condescendencia o aquiescencia de los funcionarios que se allanaron a las ilegales reclamaciones sin la más mínima oposición y pese a que las solicitudes presentadas carecían no solo del debido sustento normativo, sino fáctico y probatorio, lo cual se vio reflejado en las cuestionadas actas de conciliación y resoluciones. Al respecto, el tribunal expuso:

> No obstante, con la expedición del aludido acto (1175) fueron soslayados esos lineamientos, pues se hizo un reajuste general a todos los reclamantes sin especificar: i) en qué año se había causado su derecho pensional; ii) cuál era la diferencia monetaria que beneficiaba a cada uno; iii) en cuánto debía reajustarse su pensión y, de ser el caso, iv) si con los nuevos incrementos se superaban los máximos salariales permitidos; criterios que imperiosamente debían ser identificados en esa disposición a fin de evitar un

sobrepago, como en efecto ocurrió, generando objetivamente la esquilmación de las arcas de la Nación.

Es más, los acuerdos 91 y 224, cuyo sustento es la mentada resolución, aluden como fundamento jurídico a un fallo del Consejo de Estado *"del que no se conoció la fecha, que supuestamente establecía incrementos anuales para las pensiones desde 1977 hasta 1988, diferentes a los aplicados a las mesadas en nómina (en debida forma según disposiciones consagradas en la precitada Ley), las cuales no corresponden con la citada normatividad".*

Ello se suma a la advertencia del CTI, frente al segundo de los pactos (224): "*no obran liquidaciones por los valores calculados y reconocidos a los beneficiarios del acuerdo, obra solamente una liquidación simple que carece de firmas; no fue posible establecer por quien fue elaborada, ni tampoco fue posible identificar los periodos que se liquidaron".*

Circunstancia que, se deduce, fue provocada por la ambigüedad de la siguiente cláusula, plasmada en ambas conciliaciones: "*Que habiendo cancelado el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN – FONCOLPUERTOS -, los valores consignados, mediante las resoluciones Nos. 1175/94 y 881/94* (sic) *por mesadas atrasadas, queda una diferencia que se le adeuda a los pensionados, por no haberse tenido en cuenta en las resoluciones anteriormente nombradas, algunos factores de reajuste de pensión".*

Lo anterior evidencia la realización de una negociación a partir de situaciones abstractas e indeterminadas, al no detallar las acreencias supuestamente mal calculadas u omitidas por la entidad, y que, por lo mismo, conllevaron al incremento de las mesadas de forma indiscriminada.

Ahora bien, téngase en cuenta igualmente que Foncolpuertos accedió a la pretensión de incrementar las prestaciones definitivas de los extrabajadores conforme a dichos preceptos (diferentes a los que se venían ejecutando, valga decir, correctamente), con la agencia de ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA (sustituida únicamente para el cobro por su colega Carmela Yáñez Bula), junto con el reconocimiento de indexación, reajuste pensional e intereses de mora.

De un lado, porque los intereses moratorios incluidos en los cálculos realizados en los pactos resultan totalmente improcedentes, tratándose de diferencias salariales por reajustes. Así lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: "*ha sostenido esta Corporación que los intereses moratorios '…sólo proceden en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando, como*

> *en este asunto ocurre, lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial' (Rad. 13717 – 30 junio de 2000)".*
>
> Situación a todas luces improcedente, pues, de admitirse el reajuste de las pensiones, como en efecto se hizo, por valor de $493.842.633.02 y $1.317.570.879.47, respectivamente, su actualización bastaba para amortiguar su depreciación y renovar su monto.
>
> ***Lo que se advierte, entonces, es la aquiescencia de los directivos de la entidad para acceder en forma genérica, sin concreción ni justificación alguna a la reliquidación de las prebendas laborales de los solicitantes y, por contera, a la cancelación simultánea e irregular de dos correctivos pecuniarios***.

@Sala Casación Penal@ 2020

61. Así que, sabido el ánimo corrupto en los funcionarios para acceder a reclamaciones manifiestamente ilegales, con las que aquéllos fueron aquiescentes y a las que se acogieron con plena condescendencia, el tribunal concluyó que la *determinación* imputable a la acusada estriba en la creación de las condiciones jurídicas necesarias para que los servidores dispusieran ilegalmente de los recursos, en beneficio de sus mandantes. Así fue que la abogada GÓMEZ DE MEJÍA instigó la comisión de las conductas constitutivas de peculado, consumado y tentado, aserto que encuentra refuerzo probatorio en pruebas testimoniales y documentales que, contrario a lo expuesto por la defensa, muestran que aquélla sí estaba anexada a ese propósito criminal común, pues, de un lado, en virtud de su formación y experiencia profesional, debía saber de la ilegalidad de sus reclamaciones; de otro, ella sí era conocida por servidores de Foncolpuertos.

62. Sobre ese último particular, en la sentencia de segundo grado se lee:

> En estos términos, la intervención de la acusada resultó definitiva para que la actuación en comento se concretara,

producto indudablemente de su solicitud, con la cual efectuó la sustracción de rubros oficiales, cometido que únicamente se lograría a través de la labor fraudulenta de los funcionarios públicos inducidos por ella misma, quienes con ocasión y en ejercicio de sus deberes ostentaban la disponibilidad jurídica de los bienes de la Nación.

Por ende, no es extraño tampoco que el fallador de primera instancia haya acudido indiciariamente al desfalco generalizado del que fue objeto Foncolpuertos, para sustentar la responsabilidad de la acusada, en tanto se sabe por la experiencia en el juzgamiento de estos asuntos, que la millonaria defraudación de esa entidad se gestó mediante una serie de actos concatenados en los que participaron los mismos directivos y trabajadores de la empresa, titulares de los derechos supuestamente adeudados, abogados prevalidos de las facultades que les otorgaban los jubilados y jueces de la República, quienes aprovechando el desgreño administrativo producto de la supresión de la entidad, dispusieron del patrimonio del Estado mediante sentencias y actos administrativos, como en este caso, revestidas de aparente legalidad.

Ahora, tampoco podría decirse que era ajena a la situación que estaba ocurriendo con las numerosas y sistemáticas reclamaciones de los exportuarios, pues, aunque en su intervención en la vista pública negara contundentemente que nunca tuvo contacto con los funcionarios de la entidad, en injurada, al ponérsele de presente la resolución 681, manifestó: "*Yo recuerdo leyendo ahora que la resolución (…), que el doctor AMAURI AMIN PRETEL, quien representaba a la empresa Puertos de Colombia…, en algunos procesos que se adelantaban en otros juzgados, me pidió arreglar todos esos procesos, ya que el Fondo estaba dispuesto a sanear todo el pasivo dejado por el Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena a esta porción de jubilados, le dije que sí*".

Es más, su participación tuvo tal injerencia alrededor de la liquidación de la extinta empresa portuaria, que, para el año 94 (año en que se profirió el acto administrativo 1175), era reconocida por el personal del Fondo como una de tantos profesionales del derecho que estaba detrás del reconocimiento de diversas prestaciones laborales de los extrabajadores.

Así fue expuesto en declaración por Humberto Sarmiento Villegas, representante legal de la sociedad contratada por el Fondo (Asesores Comerciales) para actualizar las pensiones, según los estrictos lineamientos del Terminal Marítimo de Cartagena, luego de las reclamaciones que, entre otros abogados, presentó la aquí enjuiciada: "*la conocí cuando en la última fase del desarrollo del trabajo que estábamos haciendo*

un día cualquiera el Dr. César Achury, quien era coordinador de Foncolpuertos aquí en Cartagena, me la presentó e indicó que ella y otros abogados más eran los que estaban representando a algunos pensionados con el fin de resolverles las inquietudes que ellos tenían…ella era la representante de varios pensionados que estaban reclamando unos incrementos de Ley 4… esa vez la conocía".

Así las cosas, se colige igualmente que la finalidad delictiva con la que procedió la litigante no solo queda al descubierto en esta oportunidad, también la irregular actuación de los funcionarios del Fondo, quienes, a pesar de sus conocimientos jurídicos, dolosamente concretaron el fraude que aquí se reprocha, al acceder sin oposición alguna al pago de conceptos ilegales, con lo que indudablemente beneficiaron el patrimonio de la procesada y sus representados.

Al respecto, como fue dicho en líneas precedentes, el nacimiento o refuerzo de la idea criminal del instigador al autor puede darse a través de mandato, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier medio idóneo para lograr que otra persona, el determinado, ejecute materialmente la conducta. Así es tal como se evidencia en este asunto, en el que se consumó el despojo de que fue objeto el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia, con la participación cierta de la abogada GÓMEZ DE MEJÍA.

[…]

Luego, no existe duda de la responsabilidad que le asiste a la procesada en la modalidad de participación imputada, en un claro ejemplo de comportamiento secuencial, propio de la determinación en cadena, criterio decantado para esta especial clase de asuntos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiterado en varios pronunciamientos, entre ellos, el 46.263 de 9 de mayo de 2018.
En consecuencia, siendo así que su proceder no encuentra explicación en el posible desconocimiento de las normas, sino en el interés de favorecer ilícitamente a terceros, echando mano de las arcas de la Nación, la petición de revocatoria de la condena no tiene vocación de prosperar.

63. Además, el tribunal descartó que las reclamaciones y exigencias hechas en conciliación fueran muestra del ejercicio profesional de buena fe por parte de la procesada, cuyo dolo y conocimiento sobre la ilicitud afirmó en los siguientes términos:

Evidencia patente de esta situación consiste en que previo a los hechos materia de acuerdo, la entidad había tasado correctamente a los beneficiarios los reajustes causados a sus asignaciones de retiro como consecuencia de la implementación de la Ley 4ª de 1976.

Por lo mismo, es dable entender que el cometido de la prenombrada en manera alguna estuvo precedido de buena fe, *"en el ejercicio liberal de la profesión de abogado"*, sujeto por ley a imperativos de conducta, obligaciones y cargas procesales.

Presupuesto que indudablemente debe ser valorado, tal como lo estimó la alta Corporación de la jurisdicción ordinaria[9], en un caso de similares connotaciones: "*(…) ya la Sala, al examinar asuntos análogos al presente, ha decantado que el derecho de postulación del que la Ley reviste a los profesionales del derecho no puede invocarse como pretexto para la exigencia de pretensiones abiertamente ilegales, ni como excusa para determinar la comisión de delitos*: *es que un abogado, como mandatario no se puede constituir en un operador ciego de las facultades conferidas, debe verificar la información que le suministran sus representados de cara a iniciar una acción judicial pues le está vedado presentar hechos que van en contravía de la realidad para desviar el juicio del funcionario e incidir en la recta aplicación de justicia"*[10].

Y es que el hecho de haber acreditado experiencia significativa en el litigio (civil y laboral), especialmente frente a la extinta portuaria, permite colegir que el régimen legal y convencional aplicable a los extrabajadores no le era ajeno, pues, en su desempeño laboral, era frecuente el tratamiento de dichos temas.

Así se extrae de su indagatoria, rendida el 10 de agosto de 2010: "*(…) vengo ejerciendo mi profesión desde el año de 1980, en el área del Derecho Laboral, especialmente en la gestión de cobros de prestaciones sociales y la especial de Pensiones de jubilación vitalicia oficiales, semioficiales y privadas, y en la gestión de la actualización de las mismas pensiones por haber incurrido estas entidades en error aritmético en la aplicación de la fórmula matemática que consagran las normas legales que regulan esta materia, no obstante también litigar en algunos casos en el área civil, comercial y familia".*

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55.704 del 9 de octubre de 2019.

[10] CSJ AP 11 dic. 2013, rad. 41.177. En igual sentido, CSJ AP 16 dic. 1966, rad. 10.472.

En ese orden, la aceptación del mandato por parte de la profesional del derecho tenía un claro objetivo, a saber, que ésta condujera diligentemente el trámite por cuyo medio lograría efectivamente la consumación del desfalco, de manera que dicho acto en nada mengua la responsabilidad de la procesada, en tanto se asió de las facultades otorgadas por sus poderdantes, para efectuar una reclamación a todas luces improcedente.

Además, se ha establecido en este tipo de procesos que, para la época, unos abogados agotaban la vía gubernativa, otros tramitaban los juicios o conciliaciones y otros su pago, para lo cual utilizaron la figura de la sustitución de poderes, obviamente concertados para la misma finalidad de lucrarse del erario.

Sobre el particular, nótese que, con ese propósito, la acusada delegó las facultades que había recibido de parte de sus mandantes, a su colega Carmela Yáñez Bula, quien asistió a las negociaciones realizadas en 1998, para que en su "*nombre y representación firme el Acta de conciliación que sobre el pago de la reliquidación de las DIFERENCIAS DE REAJUSTES DE LEY 4ª y demás normas que regulan la materia encabeza el señor Cabrera Mendoza Plutarco y otros ante la correspondiente autoridad administrativa del Trabajo*".

Sala Casación Penal@ 2022

No resulta admisible de cara al sentido común y la experiencia, que, ante un cobro que representaba más de cinco mil millones de pesos, abandonara la parte más importante de toda la reclamación, con el insustancial argumento que, por estar ubicada en Cartagena, se le facilitaba que otro apoderado vigilara el proceso. De hecho, en la indagatoria, al hablar sobre la resolución 681, respondió en contravía del razonamiento de ajenidad: "*PREGUNTADO: ¿Viajó usted a Bogotá para adelantar las gestiones de cobro? CONTESTÓ: Sí, lo que un abogado diligente y cuidadoso tiene que hacer para conseguir la consecución del mandato concedido.*

Inferencia que desvirtúa, de otro lado, el argumento defensivo de que la conciliación es un instrumento que se halla desprovisto de cualquier insinuación defraudatoria, como quiera que se efectuó ante una dependencia estatal y con el fin de evitar que la reclamación retornara al escenario judicial, toda vez que, bajo las circunstancias analizadas por la primera instancia, aquel constituyó un verdadero acto ejecutivo de naturaleza delictiva, en tanto consagraba la solicitud de unos reajustes pensionales ilegales.

[…]

> Precisamente, a propósito de este espectro de situaciones en las que ex trabajadores de la extinta Puertos de Colombia requirieron mediante acuerdos directos el aumento sistemático de sus prestaciones jubilatorias, el máximo tribunal de la justicia ordinaria señaló: "*(…) el reconocimiento de obligaciones ilegales a través de una conciliación configura un acto idóneo e inequívocamente encaminado a apropiarse de los recursos de la administración pública, esto es, a poner en peligro y lesionar efectivamente el bien jurídico protegido con el delito de peculado por apropiación*".
>
> Y si bien, como alega la defensa, ETILVIA CONSUELO se limitó a requerir de la entidad el pago de unas acreencias, ese solo comportamiento basta, incluso, para desplegar todo el andamiaje administrativo en aras de incrementar en forma ilícita el patrimonio de terceros.

Sala Casación Penal@ 2022

64. Bien se ve, entonces, que el cargo no solo es impróspero porque los juzgadores no incurrieron en falso juicio de existencia por suposición alguno, sino debido a que los reproches son del todo infundados, pues la estructura probatoria en que se sustenta la declaratoria de responsabilidad es sólida y cumple con el estándar de conocimiento exigido por la ley para condenar. Tampoco es verdad que en la valoración se hubieran realizado conjeturas o suposiciones carentes de soporte en las pruebas. No. Lo que se evidencia es que la censora no identificó adecuadamente la argumentación probatoria que dio lugar a concluir, por vía inferencial, que la acusada determinó la comisión de las conductas constitutivas de peculado.

65. Entonces, como el andamiaje probatorio no es controvertido adecuada ni suficientemente, sin que la Corte observe manifiestos errores que deba corregir en los procesos de apreciación y valoración de las pruebas, se descarta la alegada violación indirecta de la ley sustancial, por lo que no hay lugar a casar la decisión condenatoria en lo que atañe a la declaratoria de responsabilidad penal.

5.2. Examen sobre la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

66. Desde la perspectiva del planteamiento, el segundo cargo subsidiario -elevado por la vía de la violación *directa* de la ley sustancial- se muestra impróspero *ab initio*, pues en estricto sentido no desarrolla una problemática hermenéutica, sino reclama la concesión de un subrogado con referencia a supuestos fácticos *ajenos* a las sentencias impugnadas. Ello desborda el ámbito de control propio de la casual de casación invocada, que se limita a aspectos de aplicación, selección o interpretación normativa, sin intermediación de cuestiones probatorias *ni alteración de premisas fácticas*, mucho menos cundo ello es producto de una inadmisible incorporación de pruebas con posterioridad al juicio oral. Sobre este último particular, no le es permitido a la demandante reclamar un beneficio con base en pruebas aportadas con el libelo casacional.

Sala Casación Penal 2022

67. Sin embargo, la Sala hizo abstracción de tales falencias, que habrían de conducir a la inadmisión de la demanda, porque de la lectura preliminar de los fallos de instancia salta a la vista que la ponderación de las finalidades a la luz de las cuales ha de analizarse la procedencia *excepcional* de la suspensión de la ejecución de la pena, *debido a la edad y las circunstancias particulares de la sentenciada*, es precaria. En consecuencia, enseguida se examinará de fondo el asunto.

68. El *a quo* acertó al negar, *en un primer momento*, la procedencia del subrogado -ordinario- a la luz del art. 63

original del C.P. Ello por cuanto, de un lado, era improcedente dar cabida a los lineamientos de la Ley 1709 de 2014, pues además de que dicha normatividad no estaba vigente para el momento de los hechos, le era desfavorable a la acusada -debido a la prohibición de beneficios y subrogados incluida en el art. 68 A del C.P.-; de otro, tampoco es viable la suspensión a la luz del art. 63 original del C.P. 2000, dado que la pena impuesta supera los 3 años de prisión.

69. Sin embargo, el *a quo* erró al desatender las peticiones de la defensa en punto de la *suspensión* de la ejecución de la pena, por vía *excepcional*, dada la condición de adulto mayor y las particulares circunstancias personales de la sentenciada. Pretermitió ese análisis y únicamente verificó la procedencia de la *sustitución* de la prisión por reclusión domiciliaria, pasando por alto que si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 -aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 *ídem*)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), tal beneficio también puede ser reconocido por el juez de conocimiento o de la causa.

Sala Casación Penal © 2022

70. El tribunal suplió tal omisión y analizó si en la señora GÓMEZ DE MEJÍA estaban dados los requerimientos para verse beneficiada o no por dicha modalidad suspensiva. Determinó que en su caso es necesaria la ejecución de la sanción (aunque sustituida, en virtud de lo decidido por el juzgado), a tono con los siguientes argumentos:

> Las reglas en cita (arts. 471 y 362-1) establecen que la suspensión condicional de la ejecución de la pena se aplica en

los mismos casos de la "*suspensión*" de la detención preventiva, siempre y cuando se acrediten dos requisitos, uno de carácter objetivo, conforme al cual la edad del condenado debe sobrepasar los sesenta y cinco (65) años, y el otro, de naturaleza subjetiva, integrado por su personalidad, la naturaleza y modalidad de la conducta punible que fundamentó la declaratoria de responsabilidad, los cuales deben ser valorados de manera conjunta, no excluyentes.

En su reclamo, la defensa, además de señalar que la enjuiciada es persona de la tercera edad (sujeto de especial protección constitucional), recurre a argumentos que informan sobre su buen comportamiento desde la comisión de los hechos que dieron origen a esta causa (de los que infiere los rasgos de su personalidad), la ausencia de antecedentes y la resocialización, para concluir que la reclusión (así sea domiciliaria, como fue concedida por la primera instancia), resulta innecesaria.

Si bien las circunstancias puestas de manifiesto permiten concluir que se cumple el factor objetivo, dado que se verifica con el registro civil de nacimiento de ETILVIA CONSUELO que cuenta en este momento con setenta (70) años y que no obran en su contra antecedentes penales o de comportamientos reprochables a nivel familiar, laboral y social, también debe tenerse en cuenta que el estudio de estas condiciones, que permitirían al juez en determinado instante deducir fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad, como lo manifiesta la apoderada, debe acompasarse con el análisis de la modalidad y naturaleza de la conducta punible por la que está siendo juzgada, aspecto subjetivo que integra la exigencia de la norma en cita.

Es claro que, en el *sub examine*, se procede por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, consumado y tentado, considerado de extrema gravedad en cuanto encarna actos de corrupción frente a los cuales el Estado no puede admitir comportamientos permisivos en desmedro de la labor de administrar justicia.

Tampoco hay que soslayar que, con dicho proceder, la infractora participó en la apropiación de fondos públicos a costa de la satisfacción de sus propios intereses y de terceros, en cuantía que ascendió a $2.310.987.023.26 (pues lo restantes $6.763.581.215.18 no fueron cancelados), con trascendente afectación y menoscabo de las finanzas del Estado, en hechos que involucraron uno de los mayores desfalcos al presupuesto de la Nación.

Igualmente, debe apreciarse que la enjuiciada, para la época, ostentaba la calidad de abogada, siéndole exigible un desempeño ejemplar, con las mejores calidades y respeto de los valores ciudadanos, de tal forma que aprovechar una posición

privilegiada para obtener beneficios ilícitos, se convierte en una circunstancia altamente reprochable.

A esa argumentación se opone la censora, manifestando que en su criterio la prenombrada ciudadana no requiere de tratamiento penitenciario porque durante veintitrés años "*ha gozado de libertad sin registrar transgresiones a la norma penal*".

Ello en realidad no revela ningún error de la primera instancia, especialmente cuando la tesis de la libelista parte de *desconocer la función de prevención especial, solo porque su procurada no representa ningún peligro para la sociedad.*

Aunque el tratamiento penal tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor, y en ello acierta la inconforme, eso no significa que la retribución y la prevención dejen de tomar parte en el análisis asociado a la posibilidad de suspender o no la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Así las cosas, que la procesada sea una persona de la tercera edad no conforma una regla de derecho de la que se concluya, *per se*, que escapa al régimen penitenciario.

En conclusión, es evidente que, en este caso, *no es factible otorgar la suspensión de la ejecución de la pena dada la calidad y dimensión del daño causado con el comportamiento punible*, razón por la que no se accederá tampoco a esa solicitud.

71. En esa argumentación la Corte detecta varias falencias, tanto de orden sustancial-conceptual como de valoración de las condiciones personales de la sentenciada, que condujeron a una errada negativa de la reclamada suspensión de la pena. Como pasa a evidenciarse, bajo el pretexto de "*ponderar*" la condición de la señora GÓMEZ DE MEJÍA -de la cual hay una simple mención- con las finalidades de la sanción penal, el *ad quem* en últimas eludió el juicio *de necesidad de ejecución* de la sanción, de cara a las especiales condiciones subjetivas de la condenada y, bajo criterios *netamente* retributivos, incongruentes con los factores propios de la prevención especial, prácticamente impuso una

especie de improcedencia objetiva en virtud de la gravedad *ex ante* de la conducta.

5.2.1. Racionalidad subyacente a la institución de la suspensión de la ejecución de la pena.

72. La Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la *teleología* perteneciente a los subrogados y mecanismos que prescinden de manera *condicionada* de la aplicabilidad -parcial o plenamente- de la sanción penal, en tanto mecanismo propicio para el logro de la resocialización. Tales mecanismos, de expresa consagración legal (causales), corresponden a eventualidades puntuales en las que el legislador estima adecuado dar *preponderancia* a dicha finalidad frente a las demás funciones de la pena, previo examen judicial sobre la *necesidad* de ejecutarla en el caso en concreto.

Sala Casación Penal@ 2022

73. Esas reflexiones son del todo pertinentes para el asunto bajo examen, en el que se prevé la posibilidad *excepcional* de suspender la ejecución de la sanción penal, por razones de orden subjetivo que tienen como factor común circunstancias de debilidad manifiesta en el sentenciado (cfr. art. 362 Ley 600 de 2000, en conjunción con el art. 471 *ídem*), que hacen desproporcionado infligirle el mal inherente a la pena. En ese sentido, importa resaltar, ese tipo de suspensión está condicionado a que "*la personalidad y la naturaleza o modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida*".

74. Al respecto, de cara a la procedencia de la suspensión prevista en el art. 63 del C.P. 2000, que en la valoración de

aspectos *subjetivos* es compatible con el beneficio *excepcional* aquí reclamado, dado que supone un juicio particular sobre la necesidad de ejecución de la pena, la Sala (SP 22 abr. 2020, rad. 56.620) expuso:

> En cuanto a los presupuestos *subjetivos* para evaluar la concesión del subrogado, cifrados, por una parte, en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado; y por otra, en la consideración de la modalidad y gravedad de la conducta, la jurisprudencia tiene dicho que el sentenciador ha de *ponderar* o *conjugar* dichos aspectos, a fin de dictaminar si, en el caso concreto, existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión.
>
> ***Ninguno de tales criterios funciona como un referente que se auto-justifique para conceder o negar el subrogado***. Todos ellos ***son pautas que, por sí mismas, no implican ningún diagnóstico favorable ni desfavorable sobre la necesidad de la pena. Todos ellos han de sopesarse, según las particularidades del asunto concernido***, a fin de diagnosticar, en concreción de las finalidades y funciones de la pena (art. 4° del C.P.), si ésta debe ejecutarse o puede subrogarse.
>
> En esa dirección, la simple *invocación* aislada de la gravedad y/o modalidad de la conducta es insuficiente para establecer la necesidad de ejecutar o no la pena de prisión. Ello, debido a que, como lo ha clarificado la Corte (CSJ SP16022-2014, rad. 41.434):
>
> *En cuanto a las exigencias de carácter cualitativo, el texto y la redacción del precepto [art. 63 ídem] a esa altura, son inequívocos al imponer que se conjuguen los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta, entendiendo por ésta la mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado con la norma que infringió el sentenciado.*
>
> *No se desprende la existencia de una permisión para que el juez escoja a su arbitrio, una o algunas de esas materias, las sopese y si el resultado que aparece niega la necesidad del tratamiento penitenciario, adopte la decisión pertinente.*
>
> *Inevitablemente,* ***debe sujetarse a la totalidad del contenido normativo*** *y cuando quiera que de éste dimanen rasgos de discrecionalidad, el operador judicial habrá de disponer de esa facultad con vistas a los componentes axiológicos de razonabilidad y proporcionalidad; lógicamente, dándole vigencia dentro del asunto, al derecho a la igualdad.*

> De ahí que el estudio de ***las características individuales del procesado sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad***, en tanto están ligados de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).
>
> En la consideración de los requisitos *subjetivos* aplicables a los subrogados y beneficios se identifica una teleología común, de acuerdo con la cual, superado el factor objetivo, de lo que se trata es de ***valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena*** (CSJ SP2438-2019, rad. 53.651).

Sala Casación Penal@ 2022

75. Siguiendo esa *teleología* y marco de análisis conceptual, la Sala ha concedido la suspensión de que trata el art. 471 de la Ley 600 de 2000, en conexión con el 362-1 *ídem*, a sentenciados por delitos de peculado por apropiación en el contexto del desfalco a Foncolpuertos que, siendo mayores de 65 años, se encontraban en *circunstancias particulares* que mostraban innecesaria la ejecución de la pena.

76. En tales casos, respecto a juezas mayores de 70 años, condenadas como autoras de peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía, en concurso real homogéneo -como es el caso de la señora GÓMEZ DE MEJÍA-, la Corte emitió un diagnóstico negativo sobre posibilidades reales de reincidencia y, por consiguiente, determinó la falta de necesidad de ejecución de la sanción penal. Ello, atendiendo a que los delitos fueron cometidos hace más de 20 años, época en la que las sentenciadas, habiendo gozado de libertad, mostraron buen comportamiento y no transgredieron la ley penal, sin que, entonces, se mostraran como peligrosas para la sociedad. De ahí que, en los términos de la prevención especial *negativa*, se consideró inadecuado

y desproporcionado enviarlas a prisión en condición de adultos mayores sin posibilidad plausible de reincidencia delictiva.

77. En esa dirección, mediante CSJ SP955-2020, rad. 54.201, con posición recientemente ratificada a través de la SP646-2021, rad. 53.174, la Corte puntualizó:

> Sin perjuicio de lo anterior, la Corte encuentra pertinente dar aplicación al artículo 471 de la ley 600 de 2000, que autoriza la *suspensión de la ejecución de la pena*, previa caución, en los mismos casos de *suspensión de la detención preventiva*, regulada en el artículo 362 del mismo código. Según esta última norma: "*La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos: 1. Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida. (…)".*
>
> En el presente asunto, es inobjetable que se satisface el primer requisito de carácter *objetivo*. Se acreditó en el expediente que [la sentenciada] tiene actualmente 74 años.
>
> Así mismo, se cumple la exigencia de carácter *subjetivo*. Los antecedentes de la enjuiciada son indicativos de que no requiere tratamiento penitenciario. Aunque es cierto que decidió marginarse del ordenamiento jurídico para incurrir en conductas penales que afectaron significativamente el patrimonio del Estado, también lo es que esos hechos fueron cometidos hace más de 23 años, lapso dentro del cual la exfuncionaria ha gozado de libertad sin registrar nuevas transgresiones a las normas penales. Por ello, resulta palmario para la Corte que no representa un peligro para la sociedad y que en este asunto no es necesaria la reclusión intramural para que la pena cumpla sus fines de resocialización y prevención especial.
>
> Ciertamente, la jurisprudencia reiterada de la Sala enseña que la aplicación de medidas como la *suspensión de la ejecución de la pena por la edad del condenado* siempre debe estudiarse con base en las *funciones de la pena.*
>
> En particular, en la decisión CSJ AP, 3 dic. 2003, rad. 18.498, precisó:
>
> *(…)es imprescindible verificar que la ausencia de necesidad de la ejecución de la pena debe ser evaluada en el marco de*

> *la función de prevención general y especial de la sanción, a fin de evitar que la persuasión pretendida con la materialización de la pena deje de cumplir su cometido social, y que ello también conduzca a que el delincuente reincida al descartar la efectividad de la sanción, con lo que a la postre también dejarían de reforzarse los principios y valores sociales a partir de los cuales se construyen los sistemas sociales y jurídicos".*
>
> Así las cosas, la necesidad de la medida de privación de la libertad para la condenada no es clara. Su edad actual (74 años), aunada a su comportamiento favorable durante estos años, permiten razonar que no se hace necesaria su privación de la libertad, en tanto ha demostrado con hechos su voluntad de readaptarse a la sociedad. Además, hacer efectiva la pena de prisión, en este evento particular, es una medida desproporcionada frente al principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política.

@Sala Casación Penal@2022

78. Tales precedentes muestran con claridad que la procedencia del beneficio en manera alguna depende del simple factor objetivo de la edad del sentenciado. No. Superado ese aspecto, la esencia del examen judicial recae en materializar las finalidades de prevención *especial* en las condiciones personales del condenado, para establecer si se necesita o no que cumpla la pena de prisión. Pero ello ha de hacerse aplicando un juicio *atinado* en la valoración tanto de los factores definitorios del concepto de pena en sí, como de las funciones y las finalidades que ella cumple en la fase *de ejecución* -que es distinta y posterior a la de individualización e imposición-.

5.2.2. Análisis del caso en concreto.

79. A la luz de tales premisas, saltan a la vista las imprecisiones en que incurrió el *ad quem* para negar la reclamada suspensión de la pena, tanto por incomprensión de la variante *especial* de la prevención, como por inobservancia y valoración inapropiada de aspectos fácticos

pertinentes para dictaminar sobre el riesgo de reincidencia y, consecuentemente, en relación con la necesidad de la pena.

80. En primer lugar, en las reseñadas razones expuestas por el tribunal (cfr. num 70 *supra*), así como en lo conceptuado por la procuradora delegada ante la Corte (num. 26), se advierte una tergiversación de los fundamentos de la solicitud de suspensión. En manera alguna se reclama este beneficio por la *mera condición* de la edad de la sentenciada, que es un factor objetivo. No. La ausencia de peligro para la sociedad, como lo destaca la libelista en sintonía con los criterios tenidos en cuenta por la jurisprudencia de la Sala en los comentados precedentes, radica esencialmente en que, habiendo tenido lugar las conductas punibles hace más de dos décadas, la señora GÓMEZ DE MEJÍA ha gozado de libertad sin incurrir en infracciones penales, dando muestra de buena conducta, que es compatible con la resocialización.

Sala Casación Penal 2022

81. Sobre este último particular, como segunda medida, el *ad quem* se equivoca al descalificar esa realidad bajo el entendido que la defensa desconoce la función de *"prevención especial"*. Ese desconocimiento, en verdad, se evidencia en el razonar del tribunal, como quiera que aquélla no se limita al aislamiento del sentenciado (faceta negativa), sino que comprende la faceta *positiva*, que se identifica con la resocialización.

82. La prevención especial, que recae sobre el sentenciado, tiene lugar en la fase de ejecución y, en ésta, por excelencia, debe propenderse por la resocialización[11]. Así se

[11] Cfr. ROXIN, Claus. *Wandlungen der Strafzwecklehre; en:* BRTIZ, Guido (Ed.): *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag,* München, 2001, p. 712.

desprende del art. 9° del Código Penitenciario y Carcelario, según el cual la pena tiene función protectora y preventiva, pero *su fin fundamental* es la resocialización. En consecuencia, mecanismos como la suspensión de la pena son totalmente compatibles con la prevención *especial* positiva, pues entre menos se afecte la libertad personal del condenado, mayores son sus posibilidades de reintegración social, tanto más cuanto se trata de una persona de la tercera edad, cuya expectativa de vida es menor.

@Sala Casación Penal@ 2022

83. Ahora, en tercer orden, a la hora de concretar la prevención especial en el caso de la señora GÓMEZ DE MEJÍA, bajo la óptica *negativa*, siempre valorable caso a caso, el tribunal pasó por alto que al inhabilitarse a aquélla para el ejercicio de su profesión de abogada se reduce aún más el riesgo de reiteración en la modalidad delictiva por la cual fue condenada. De ahí que, si el tribunal concede razón a la defensa al aceptar que la sentenciada no representa un peligro para la sociedad, es contradictorio que niegue el beneficio en pro de la "*prevención especial*".

84. El *ad quem* desconoció por completo que, bajo la óptica de la prevención especial, tanto positiva como negativa, hay razones sólidas para sostener la ausencia de necesidad de ejecutar la pena en el presente asunto. La negativa del beneficio, en últimas, la fundó *exclusivamente* en una lógica retributiva, ya que realmente no aplicó una *ponderación* de finalidades y funciones de la pena, eludida por la incomprensión de la faceta *especial* de la punción.

85. La retribución es connatural al concepto de pena y, por ende, es una finalidad legítima (art. 4° inc. 1° del C.P.). Mas

ella no se auto justifica y en un Estado social de derecho ha de *conjugarse* con el propósito de prevención, en el que radica la legitimidad misma del *ius puniendi*, en clave de protección de bienes jurídicos. Tal conjunción implica, entre otras cosas, entender en qué fases de la punición determinados fines y funciones de la pena muestran distinta preponderancia.

86. El criterio de gravedad es un articulador de la *conducta punible* y la *respuesta punitiva,* que opera en el ámbito de la retribución. Alude a la relación de proporcionalidad entre el daño causado por el delincuente y el perjuicio que se le irroga en respuesta a su actuar, a través de la imposición de la pena. Entonces, en un primer momento, la "*calidad y dimensión del daño causado*" encuentran concreción en la imposición judicial de la pena en un monto específico, congruente con la valoración legislativa sobre la gravedad del delito.

@Sala Casación Penal@ 2022

87. Más adelante, de cara a la *ejecución* de la sanción, la gravedad y la modalidad de la conducta, desde luego, tienen relevancia. Mas tales referentes han de ser aplicados *pertinentemente*, esto es, de una forma *compatible* con las finalidades a las que sirve el cumplimiento efectivo de la pena, del cual excepcional y condicionadamente puede prescindirse, mediante figuras como la suspensión de la ejecución, aquí analizada.

88. El *pronóstico* que debe emitir el juez al conceptuar si hay o no necesidad de ejecución de la pena, es el de plausibilidad de reiteración delictiva. Allí, la naturaleza, gravedad y modalidad de la conducta son factores *indicadores* de cómo *podría* actuar a futuro el sentenciado. Aquéllos deben

ser analizados *en conjunción* con la personalidad de la persona condenada, para saber si es o no aconsejable la medida. Esto implica evitar un juicio negativo del beneficio *a priori,* basado únicamente en la reafirmación *retrospectiva* de la gravedad, pues el razonamiento judicial en este escenario es eminentemente *prospectivo* y varía de caso a caso.

89. El juez ha de tener precaución de no eludir un verdadero examen subjetivo y, bajo el pretexto de la reiteración de la gravedad, ya considerada al momento de fijar la sanción y su monto individualizado, suplantar al legislador aplicando una especie de prohibición objetiva *ex ante* del beneficio, algo que solo pertenece al ámbito de valoración político criminal, privativo del legislador (cfr., por ejemplo, el art. 68 A del C.P. 2000).

Sala Casación Penal 2022

90. Y en esa errada vía de análisis incurre el tribunal al sostener que "***se procede por el delito*** *de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, de extrema gravedad porque encarna actos de corrupción*". Prácticamente, al negar la suspensión *en esos términos*, dio aplicación velada a una prohibición objetiva de concesión de beneficios y subrogados, prevista por el legislador, pasando por alto que la suspensión analizada es *excepcional* y comprende aún esas modalidades delictivas, siempre y cuando sea aconsejable la medida tras sopesar las particulares características del sentenciado con la modalidad de su actuar.

91. Además, el *ad quem* insiste en el desvalor de acción de la conducta, pero no con un énfasis prospectivo, sino retrospectivo, ya tenido en cuenta en la individualización de la pena al reprocharle a la sentenciada -con acierto en *ese*

escenario- que por ser abogada le *era* exigible un comportamiento ejemplar. Tal circunstancia, desde luego, es pertinente para aplicar un reproche más severo expresado en una mayor pena, pero aisladamente es insuficiente para evaluar si es o no recomendable la suspensión de su ejecución. El desatino es evidente porque si bien es "*altamente reprochable aprovecharse de una posición privilegiada para obtener beneficios ilícitos*", a futuro -que es la óptica con la que ha de razonar el juez al decidir sobre el beneficio- no es plausible que podrá hacerlo de nuevo, pues, se reitera, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada se lo impediría y, habiendo gozado de libertad por más de 20 años, en su condición de delincuente primaria no ha dado muestras de querer infringir de nuevo el ordenamiento jurídico, algo que en todo caso le implicaría más dificultad, dada su condición de adulto mayor.

Sala Casación Penal © 2022

4.2.3. Conclusión.

92. La valoración de los antecedentes *de todo orden* de la sentenciada permite colegir la viabilidad de favorecerla con la suspensión excepcional de la ejecución de la pena. En concordancia con los referidos precedentes (cfr. CSJSP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), la Sala estima que, en referencia a las funciones de prevención *especial* negativa y reinserción social del condenado (faceta positiva), hay fundamento suficiente para afirmar que el encarcelamiento es innecesario, máxime que, con la ejecutoria de la sentencia, la abogada GÓMEZ DE MEJÍA purgará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de su profesión, sin que pueda entonces valerse de ésta para utilizarla como mecanismo

para la obtención de prestaciones ilegales que afecten el patrimonio público.

93. La necesidad de aislamiento del sentenciado, conocida criminológicamente como inocuización y que bajo la óptica dogmática pertenece a la prevención especial *negativa*, opera *en concreto* y es valorada en relación con el riesgo de reiteración; pero no de cualquier conducta habida y por haber, sino especificado por el *perfil delictivo* en el que el sentenciado infringió la ley penal y sus características personales. Su peligrosidad, que pretende conjurarse a través de la reclusión, ha de medirse, entonces, por las particulares posibilidades fácticas de que reincida.

Sala Casación Penal © 2022

94. No se advierten, entonces, razones plausibles para suponer que la sentenciada puede evadir el cumplimiento de las obligaciones que la concesión del beneficio acarrea, no sólo debido a su arraigo familiar y social, sino porque concurrió al proceso seguido en su contra y acató los llamados que le hicieron las autoridades judiciales, pues no sobra recordar que, considerando esos antecedentes, la Fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

95. Tampoco hay motivos para afirmar que ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA representa un peligro para la comunidad o que probablemente reincidirá en el delito, pues es una delincuente primaria, sin antecedentes de ningún tipo. Y, de todas maneras, hay dos circunstancias del todo trascendentes que debilitan su potencialidad delictiva -enmarcada en el ejercicio torcido de la profesión de abogada-: por una

parte, la prohibición de ejercicio de la profesión; por otra, su avanzada edad (70 años)[12].

96. Ahora bien, no sobra advertir que la permanencia del beneficio depende del cumplimiento de las obligaciones propias para su concesión, que han de garantizarse mediante caución. Su inobservancia no sólo conlleva la pérdida de ésta, sino *la revocatoria* de la medida. De ahí que la *condicionalidad* que rige la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena es un incentivo para la abstención de delinquir. La referida amenaza de revocatoria es un componente característico de dicho instituto jurídico en el que tiene aplicación el fin de prevención especial negativa: la posibilidad de que se pierda el beneficio es un fuerte estímulo para mantener al condenado, dentro del tiempo de suspensión, exento de reincidencia.

Sala Casación Penal © 2022

97. Por consiguiente, como se dan los requisitos para conceder la suspensión excepcional de la ejecución de la pena con fundamento en los arts. 471 y 362-1 de la Ley 600 de 2000, el fallo impugnado habrá de casarse parcialmente con ese propósito. Ello, a condición de que la sentenciada garantice mediante caución, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, el cumplimiento de las siguientes obligaciones, previstas en el art. 65 del C.P. 2000: i) no cambiar de residencia, sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad; ii) observar buena conducta; iii) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia

[12] La señora GÓMEZ DE MEJÍA nació el 29 de diciembre de 1951.

cuando fuere requerida para ello y iv) no salir del país, sin previa autorización del juez de ejecución de penas.

98. La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA ante el juzgado de primera instancia, allegando la póliza o el título de depósito judicial respectivos, en el término establecido en el art. 66 inc. 2° *ídem*, so pena de que se proceda a ejecutar de forma inmediata el fallo.

Sala Casación Penal@ 2022

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

RESUELVE

Primero: CASAR parcialmente la sentencia impugnada, con el exclusivo propósito de conceder a ETILVIA CONSUELO GÓMEZ DE MEJÍA la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones establecidos en la parte motiva de esta sentencia. La condena dictada por los delitos de peculado por apropiación, consumado y tentado, permanece incólume.

Segundo: advertir que contra la presente determinación no proceden recursos.

Tercero: por Secretaría, remitir copia de esta sentencia al Consejo Superior de la Judicatura, para los fines previstos en la Ley 2195 de 2022, en los términos señalados en la Circular PCSJ22-12.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente

Sala Casación Penal 022

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

Sala Casación

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EXCUSA JUSTIFICADA
HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@ 2022