

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

SP466-2020

Radicación N° 56109

(Aprobado Acta No. 39)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de víctimas -Instituto Nacional de Vías-, contra la determinación adoptada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo, de 6 de agosto de 2019, durante el trámite de incidente de reparación integral, promovido contra el condenado Emiro Rafael Salgado Atencia.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Mediante sentencia de 18 de enero de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo condenó a Emiro Rafael Salgado Atencia como autor del delito de prevaricato por acción a 48 meses de prisión, 66.66 salarios mínimos legales de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 80 meses, decisión que fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre de 2013¹.

2. A través de escrito radicado el 30 de enero de 2014, la apoderada de la víctima -Instituto Nacional de Vías- reconocida dentro del proceso penal, solicitó el inicio de incidente de reparación integral por los daños causados².

3. Avocado el conocimiento³, la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo convocó a las partes e intervinientes a la primera audiencia de incidente, la cual se llevó a cabo el 26 de febrero de 2015, sesión en la que la representante de la víctima concretó su pretensión indemnizatoria⁴, reclamando una reparación de carácter económico en cuantía de \$12.502.787.250,00, ya sea en «dinero o en especie», sobre los bienes que el procesado tenga a su nombre⁵.

4. En sesión de 21 de abril de 2015⁶, Emiro Rafael Salgado Atencia solicitó la nulidad del trámite al considerar que la Fiscalía no debía intervenir en el mismo, la cual fue determinación confirmada por esta Sala el 2 de noviembre de 2016⁷.

5. Seguidamente, se dio paso a la fase de conciliación sin obtenerse acuerdo alguno por cuanto el 28 de noviembre de 2017 el incidentado manifestó que no existía ánimo conciliatorio⁸. No obstante, dejó abierta la posibilidad de cambiar de opinión, en una nueva audiencia programada a petición suya, que solo se efectuó el 22 de marzo de 2018. Sin embargo, por manifestación expresa de la defensa fracasó el segundo intento de conciliación -al haber aportado el día anterior memorial en el cual anunció que renunciaba a la audiencia de conciliación, razón por la cual solicitó «audiencia de pruebas»-; por ello, se «declaró fallida» esa etapa y se fijó fecha para la práctica de pruebas y fundamentación de la pretensión⁹.

6. El 6 de agosto de 2019 se realizó la audiencia de que trata el artículo 104 de la Ley 906 de 2004 -pruebas y alegaciones-, en la cual las partes manifestaron que no había ánimo conciliatorio, razón por la cual se prosiguió adelante el trámite la etapa de práctica de pruebas y alegaciones¹⁰.

En esa sesión, el representante de víctimas ratificó su pretensión indemnizatoria en \$12.502.787.250, petición apoyada por la Fiscalía¹¹.

A su turno, el Defensor del condenado y este último se opusieron dado que no se demostró el perjuicio causado en atención que las certificaciones presentadas por la representante de INVIAS solo dan cuenta de que se retuvieron unos dineros, más no que estos fueron cobrados y pagados. En consecuencia, pidieron desestimar la pretensión del incidentante¹² y condena en costas¹³.

7. Ese mismo día, se profirió sentencia por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo absolviendo del pago de perjuicios a Emiro Rafael Salgado Atencia, decisión que fue apelada por el representante de víctimas¹⁴.

8. El Tribunal determinó que la sustentación del recurso se debía realizar en esta Corporación¹⁵. Allegadas, las diligencias, el 9 de octubre de 2019, esta Sala dispuso abstenerse de conocer del asunto, disponiendo la devolución del expediente con la finalidad de que se cumpliera el trámite del artículo 179 de la Ley 906 de 2004¹⁶.

9. El 4 de diciembre de 2019, el a quo realizó la audiencia para la sustentación de la alzada en referencia, al término de la cual concedió esta¹⁷.

DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal absolvió a Emiro Rafael Salgado Atencia de la pretensión económica por la suma de \$12.502.787.250 formulada en su contra por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y condenó en costas al pago de «agencias en derecho» causadas por valor de \$828.11618.

Luego de poner el sustento fáctico y jurídico, el juez colegiado señaló que si bien la víctima no pidió daño emergente, se entiende que, cuando la representante judicial de INVIAS verbalizó su pretensión de naturaleza económica, equivalente al valor de los dineros

embargados ilegalmente por Emiro Rafael Salgado Atencia, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre), hizo referencia a ese concepto, al aludir a la afectación que sufrió tal entidad por el actuar delictivo del incidentado.

Además, consideró que la apoderada no pidió indemnización por lucro cesante, ni perjuicios morales subjetivados [aunque las personas jurídicas no sufren de esta clase de perjuicios, al no sentir dolor físico ni moral] y objetivados [al cual tendría derecho la entidad]; pese a ello, concretó su pretensión en cuantía de \$12.502.787,250 consistente en los dineros embargados ilegalmente por el condenado, dentro del proceso ejecutivo interpuesto por Samuel de Jesús Martelo Pérez y otros en contra de INVIAS, los cuales fueron debitados de las cuentas del Banco Popular de dicha entidad.

Sin embargo, la prueba documental aportada [certificados de 6 de mayo y 24 de junio de 2014 expedidos por la Coordinadora del Grupo de Tesorería¹⁹ y el Secretario del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de tal entidad²⁰], fueron insuficientes para acreditar el daño ocasionado, carga procesal incumplida, tal como lo indican los artículos 97 del Estatuto Penal, 167 del Código General del Proceso y 1757 del Código Civil.

Lo anterior por cuanto se trata de una responsabilidad civil extracontractual, obligación en cabeza de quien ha ocasionado un daño a otro, sin que medie entre ellos vínculo jurídico.

En concreto, no se demostró el nexo causal entre el daño o perjuicio y el hecho ilícito generador del mismo, y no sirve alegar que al ex Juez Salgado Atencia se le condenó por una conducta dolosa de prevaricato por acción al «embargar unas sumas de dinero inembargables».

Recordó que el fundamento del fallo contra Emiro Rafael Salgado Atencia lo constituyó el hecho de decretar una medida cautelar sobre unas sumas de dinero sin que se hubiera cumplido el plazo que consagra el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo²¹.

Es decir, el ex Juez fue condenado por adelantarse a ejecutar a la entidad estatal y «no por ordenar a INVIAS a pagar unos dineros», razón por la cual la demandante debió acreditar que por la conducta del juez se le ocasionó un daño.

Así, no se probó que: (i) el monto de la obligación dispuesta por el condenado dentro del proceso reivindicatorio agrario de Samuel de Jesús Martelo Pérez y otros contra INVIAS [rad. 2007-0084-00], a consecuencia de lo cual surgió la medida cautelar, no la debía tal instituto; (ii) por la orden y el embargo, canceló la suma de \$12.502.787.250, la cual no estaba obligado a pagar; y, (iii) como consecuencia de ello, se le causó daño.

Adujo que, de la prueba documental, no se infiere que el exfuncionario ordenó el «pago indebido» de este valor al demandante y, mucho menos, que no se adeudaban por parte de INVIAS. Tampoco, que esa cifra fue entregada a los demandantes, como para concluir que la conducta del condenado causó un daño al patrimonio de la entidad pública.

Al contrario, en el fallo penal se afirmó que el incidentado en sentencia de 1° de abril de 2009, proferida dentro del proceso reivindicatorio agrario, impuso a INVIAS la obligación a favor de los demandantes «de una determinada suma de dinero», la cual en ningún momento fue cuestionada por ese ente como para entender que el embargo anticipado de las sumas de dinero referidas le causó detrimento a su patrimonio.

Las certificaciones presentadas para la demostración del daño causado no sirven a ese propósito pues con ellos no se acreditó que con la retención temprana de esos dineros se ocasionó un perjuicio a la entidad pública; menos aún, que la totalidad de esas sumas fueron efectivamente pagadas, sin deberlos, a los demandantes.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Intervención del recurrente.

El representante de INVIAS presentó recurso de apelación y la sustentó en los siguientes términos²²:

1.1. Solicitó la nulidad de la actuación dado que el Tribunal no decretó pruebas de oficio con la finalidad de determinar la «verdad real» pues es claro que se está ante un trámite especial -incidente de reparación integral- en el que no opera la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, en atención a que se rige por las reglas del derecho privado, en especial, el Código General del Proceso que autoriza la actividad probatoria del Juez director, potestad que esta Corporación ha reiterado al punto de ser un deber²³.

Adujo que existen dos presupuestos básicos para determinar la legitimidad de una actuación desde el punto de vista constitucional: (i) que el procedimiento surtido esté de acuerdo con las garantías propias del debido proceso; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores y principios previstos por la Carta Política.

Estimó que existió un defecto procedimental de «exceso ritual manifiesto», el cual fue obstáculo para la eficacia del derecho sustancial por cuanto hubo una «ciega obediencia a la ley procesal», en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda, al omitir la facultad y obligación de decretar pruebas de oficio para el esclarecimiento de unos hechos que en la actuación penal abstracta eran claros así como el nexo entre la conducta y el daño²⁴.

Consideró que las pruebas aportadas en el incidente sí dieron cuenta del perjuicio toda vez que se acreditó por parte de la Tesorera de INVIAS que los dineros fueron debitados de una cuenta de la entidad y, además, el Comité de Conciliación, una vez condenado «el señor», se reunió y decidió formular una pretensión de \$12.502.787.250, lo que significa que esa cifra no había sido reintegrada.

Concluyó que si los Magistrados tenían dudas al respecto era su deber practicar pruebas, como, por ejemplo, solicitar el acta del órgano citado donde se discutió el tema.

1.2. De otra parte, mostró su desacuerdo con la afirmación del a quo cuando adujo que el condenado «ejecutó al INVIAS», dando a entender, «más o menos», que en el proceso penal se probó «un mal entendido del Juez». Además, el a quo transcribió los argumentos de la sentencia de primera instancia, sin atender que esta Corporación dio elementos para desvirtuar lo anterior, al advertir no solamente la irregular ejecución anticipada sino una maniobra encaminada a defraudar al INVIAS, lo que da razones para probar la existencia de un daño derivado de la conducta dolosa del incidentado.

Estimó que el nexo causal está probado en el fallo penal, pues si no hubiese sido así tendría que introducir todo el proceso civil -ejecutivo agrario- en el cual la entidad realizó su defensa y dio explicaciones acerca de por qué esos dineros no debieron ser embargados, así como de la inexistencia de la obligación.

Recordó que los procesos son «hermanos» -el penal y el trámite de reparación integral-, razón por la cual no tenía por qué traer toda la actuación surtida pues son los mismos funcionarios los que conocieron del asunto los encargados de resolver el incidente.

Además, fue un «hecho notorio» que el condenado hizo parte de una organización criminal en contra el INVIAS, lo que no requiere de prueba, razón por la cual no fue una «anécdota» que «el señor interprete mal la Ley», sino que fue un plan orquestado.

Por ello, Emiro Rafael Salgado Atencia hizo todo lo posible para que los dineros llegaran a las cuentas de los demandantes, al punto que la condena no fue por haberse «apresurado a ejecutar» sino que la conducta prevaricadora la constituyó el «empecinamiento» en demandar. Recordó que no contento con esto, el condenado negó el desembargo de tales recursos, siendo todo un ardid para defraudar al Estado pues sacó dineros de una entidad pública, llevándolos a una entidad privada. Además, para la fecha de inicio del incidente de reparación integral [2014], los dineros no habían sido reintegrados, razón por la cual pidió que se revoque la decisión de primera instancia que negó la pretensión económica y la

condena en costas a INVIAS.

2. Intervención de los no recurrentes.

2.1. La Fiscalía pidió se confirme la decisión por cuanto el apelante se limitó a reprochar las decisiones de primera y segunda instancia del proceso penal²⁵.

Además, aseguró que existe una clara diferencia entre los dos procesos civiles manejados por el condenado: (i) el reivindicatorio seguido en contra de INVIAS; y, (ii) el ejecutivo como consecuencia del anterior.

Por ello, lo que se le reprocha a Emiro Rafael Salgado Atencia es que, una vez obtenida la primera sentencia, no esperó los 18 meses que ordena la Ley para iniciar el segundo, siendo cierto que en el reivindicatorio contra el INVIAS se determinó la existencia real de una obligación a pagar \$12.502.787.250, suma frente a la cual jamás se probó que ese Instituto no debía.

2.1. La defensa de Salgado Atencia se opuso a los argumentos del apelante aduciendo que el solo hecho de certificar una pretensión económica y que esta sea la cifra que ordenó embargar, no demuestra el daño ocasionado. Además, el apoderado de la víctima pretende desconocer la «carga legal» que le obliga acreditar el perjuicio concreto, al pretender que estos aspectos se sustenten en las pruebas practicadas en el proceso penal, lo cual desconoce la naturaleza del incidente de reparación integral. De otra parte, estimó que no hay lugar a la nulidad pues INVIAS estuvo representada técnicamente, interviniente que no probó el daño²⁶.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

El artículo 32 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, -Ley 906 de 2004 -, asigna a la Corte la competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la decisión impugnada, como quiera que la misma fue proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Sincelejo.

2. Asunto a resolver

El apelante propuso dos aspectos: (i) la nulidad del trámite del incidente de reparación integral por cuanto la primera instancia no decretó pruebas de oficio para probar la relación de causalidad entre la conducta de Emiro Rafael Salgado Atencia y el daño supuestamente ocasionado; y, (ii) que los medios de conocimiento aportados acreditaron este último.

Previo a abordar cada uno, se realizará un marco teórico acerca de tal instituto procesal y sobre la carga procesal de las partes, según la jurisprudencia de esta Corporación.

2.1. El delito no solo es una conducta típica, antijurídica y culpable, tal como lo indican los artículos 9, 10, 11 y 12 del Código Penal, elementos que, una vez demostrados, implican la imposición de una sanción por parte del Estado por la trasgresión del ordenamiento jurídico, sino, además, constituye una fuente de obligaciones, de conformidad con las disposiciones 1494 y 2541 del Código Civil, contempladas en la norma 94 del Estatuto sustancial de las penas²⁷.

2.2. El incidente de reparación integral está regulado en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, trámite que le permite a la víctima [toda persona, natural o jurídica, que ha sufrido un daño como consecuencia del punible canon 132 ibidem], reclamar ante los jueces, una vez la sentencia condenatoria quede en firme, la reparación de los perjuicios causados como consecuencia del delito. En otras palabras, a través de este mecanismo procesal, se pretende el pago del daño causado por el ilícito a cargo del declarado penalmente responsable.

2.3. La Sala se ha pronunciado acerca de esa figura, en el sentido de señalar que:

Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito -reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional:

[...] si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, la cual también está cobijada por la responsabilidad civil. Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional (CSJ SP, 13 abr 2011, rad. 34145; CSJ SP, 4 mayo 2016, rad. 36784; reiterada en CSJ SP663-2017, rad. 49402).

Se deriva de lo anterior que: (i) la reparación del daño tiene como presupuesto la fuente de obligación, acreditada con la existencia de la sentencia condenatoria que declara la responsabilidad penal del procesado; (ii) este aspecto faculta a la víctima para iniciar el trámite incidental con la finalidad de satisfacer sus pretensiones indemnizatorias; y, (iii) el eje central de análisis no es el compromiso penal de la persona sino su responsabilidad civil como consecuencia de la ilicitud. (CSJ SP663-2017, rad. 49402).

La reparación integral a la víctima, además de abarcar los derechos a la verdad y la justicia, incluye el resarcimiento económico, es decir, la retribución de los perjuicios materiales y morales: los primeros son todo detrimento patrimonial de la víctima; los segundos, están conformados por la afectación espiritual o inmaterial de la persona, la cual es susceptible de ser valorada económicamente, clasificados en subjetivos [el dolor, sufrimiento, tristeza,

miedo, angustia producto del daño en la psiquis de la víctima] y objetivados [las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden ocasionar en la persona]. (CSJ, SP, 9 jul. 2014, rad. 43933).

Del mismo modo, existe una carga procesal en cabeza de la parte interesada, con independencia de la clasificación del daño ocasionado, en el sentido de que, además de ser ciertos, deben ser probados en el trámite incidental (CSJ SP, 9 jul. 2014, rad. 43933).

En concreto, esta Corporación ha dicho:

La Sala se ha referido a las diferentes especies de perjuicio que genera la conducta punible y los requisitos que deben concurrir para su reconocimiento. En reciente decisión del 29 de mayo de 2013, rad. N° 40160, precisó lo siguiente:

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:

- a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.
- b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado (fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175)".

"En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivo, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción". (CSJ SP, 9 jul.

2014, rad. 43933; reiterada en CSJ SP663-2017, rad. 49402).

En consecuencia: (i) el condenado tiene obligación de reparar el daño causado con ocasión de su conducta punible; (ii) el delito es fuente de obligación civil; (iii) a la parte interesada no le basta con alegar el daño y cuantificar los perjuicios, sino que debe acreditar y sustentar su valoración económica; es decir, tiene la carga procesal de demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica. (CSJ SP663-2017, rad. 49402).

3. Caso concreto

3.1. Previo a resolver el argumento de disenso del incidentante, se analizará la solicitud de nulidad presentada por este, derivada de la supuesta omisión del Tribunal al no decretar pruebas de oficio.

Tiene razón el apelante cuando al afirmar que el incidente de reparación integral se rige por la normatividad procesal civil, en atención a que el derecho adjetivo materializa el sustantivo [pues no se discute la responsabilidad penal del procesado -CSJ AP2428, 12 mayo 2015, radicado 42527-]. Por ello, el juez puede decretar pruebas de oficio, lo cual es extraño al juicio penal, pero admisible en el área civil, a voces de los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del principio de integración (CSJ SP13300-2017, rad. 50034).

Sin embargo, el uso de esa herramienta jurídico procesal es de carácter discrecional y no un imperativo en los términos que planteó el apelante, pues solo se hace uso de esta cuando se considere conveniente, según las particularidades de cada caso, tal como se deriva del artículo 167 ibidem; por ello, el funcionario judicial no puede suplir la carga procesal que le corresponde ejercer a las partes, máxime cuando se advierte omisión en el ejercicio de la defensa de los intereses de la entidad, tal como se explicará más adelante.

Recuérdese que las «cargas procesales provienen de disposiciones legales que las consagran y tienen por finalidad procurar la colaboración de las partes del proceso para promover o realizar determinadas actuaciones o actividades que redundarán en su propio beneficio y que en caso de no satisfacerlas, les acarrearán consecuencias adversas a sus propósitos o intereses». (CSJ SC, rad. AC 607-2014).

Si bien la Corte Constitucional ha dicho que el decreto de la prueba de oficio, entendida como deber legal, surge de la necesidad, a partir de la experiencia del funcionario judicial, visible en los hechos y los medios de prueba aportados, tesis que defiende el papel del juez como director del proceso en el encuentro de la verdad, tal postulado no es aplicable al caso presente²⁸.

Analizada la actuación de la entonces apoderada del Instituto Nacional de Vías, se observa un descuido en la estrategia defensiva de la entidad pues creyó que era suficiente para la acreditación de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual la sentencia condenatoria y los documentos aportados en el trámite incidental de los cuales no se deriva el ausente nexo causal entre la conducta punible de Emiro Rafael Salgado Atencia y el supuesto daño alegado [certificados expedidos por la Coordinadora del Grupo de tesorería y del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de INVIAS].

Es de resaltar que la inicial representante judicial, en la oportunidad procesal pertinente²⁹, ni siquiera discriminó la clase de perjuicio sufrido, sino que se limitó a afirmar que la cuantía del daño era \$12.502.787.250, mismo monto que ordenó embargar el condenado, dentro de un proceso ejecutivo que se derivó de una obligación expresa y exigible de una sentencia legalmente emitida por el citado ex Juez. Es decir, la entonces apoderada jamás especificó las cifras por daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral objetivado a que tendría derecho el INVIAS como persona jurídica.

Se resalta que la Magistrada directora de la audiencia requirió en varias ocasiones a la

citada profesional del derecho para que concretara la pretensión y la forma de reparación, ante lo cual esta última ratificó la cifra anterior y su carácter netamente económica³⁰.

Incluso, la Fiscalía hizo observaciones sustanciales acerca de la insuficiente pretensión y advirtió sobre la falencia de la documentación aportada, aspecto que la misma apoderada aceptó, al quedar al descubierto su falta de preparación para la diligencia³¹ -al finalizar la audiencia-, pretendiendo una nueva oportunidad para que se formulara en debida forma aquella, lo cual se negó puesto que ya había fenecido la etapa para ello, determinación frente a la cual no se interpuso recurso alguno³².

Por lo tanto, el recurrente confundió el ejercicio de una carga procesal con la facultad oficiosa del juez de decretar prueba en asuntos civiles, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el pretendido defecto procedimental que atribuyó al juez colegiado.

En efecto, en el presente caso, está ausente la «denegación de justicia» alegada por el solo hecho de no haber ejercido el a quo la potestad de decretar pruebas de oficio, las cuales debió aportar y pedir la incidentante en la etapa respectiva, en el evento de que tuviera dificultad de acceder a estas.

Valga aclarar que, tan solo en el alegato de sustentación del recurso, se aduce que el «acta del Comité de Conciliación de la entidad», se debió aportar de oficio, sin indicar cómo con esta se demostraría el nexo causal echado de menos. Hay que tener presente que la incidentante estaba en mejor posición para probar la pretensión dada la cercanía con el material probatorio.

Por ello, en el trámite incidental de ninguna manera se sacrificó el acceso a la administración de la víctima puesto que tal parte tuvo oportunidad de desplegar la actividad probatoria de rigor para demostrar su aspiración, que, en efecto, ejerció con insuficiencia pues los documentos aportados no probaron esta; incluso, en caso de haber tenido dificultad al respecto debió pedir a la colegiatura lo pertinente, lo cual se abstuvo de realizar.

Por ello, bajo el ropaje de la configuración de una nulidad, no es admisible ocultar la deficiente labor de la entonces apoderada judicial de la entidad en el trámite incidental.

De otra parte, resulta una conjetura afirmar, tal como lo adujo el recurrente, que los Magistrados de primera instancia pensaron que el incidente «se trataba de un proceso penal», razón por la cual «no ejercitaron la facultad de decretar pruebas de oficio» pues en ningún aparte de la sentencia apelada se afirmó tal tesis. Por el contrario, en el texto de la providencia se hizo un marco teórico en el que quedó clara la naturaleza civil del trámite incidental y del daño patrimonial derivado del delito.

Del mismo modo, no es cierto que el a quo haya omitido esclarecer la verdad real puesto que tal afirmación desconoce lo actuado en el proceso penal previo al incidente, en el cual se reconoció al INVIAS como víctima y se dictó una sentencia en la que se logró probar más allá de toda duda razonable los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y la responsabilidad penal del acusado.

Se advierte que el apelante desconoció que, en materia de la acreditación del daño, existen elementales deberes de quien representa los intereses de la víctima para con la administración de justicia pues de aceptar la tesis propuesta por el recurrente sería nugatorio el trámite especial creado por el legislador en la Ley 906 de 2004, dado que, precisamente, es este el escenario para que tal interviniente puede ejercer sus derechos cuando le han causado perjuicio en virtud de la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito -respecto del que no estaba ligado por un vínculo obligatorio-. Se resalta que la pretensión indemnizatoria en el presente caso solo lo fue de carácter pecuniario, la cual, según la solicitud de la entonces apoderada, debía pagarse en «dinero o especie».

Por lo tanto, el precedente de la Corte Constitucional T-264-2009 no es aplicable al presente evento dado que no hubo en el sub lite la omisión de la práctica de una prueba fundamental para resolver el asunto pues lo que se observa es la afirmación equivocada de que bastaba

con la sentencia condenatoria para demostrar el daño, y la errada convicción respecto de los documentos aportados como suficientes para acreditar el nexo causal entre el comportamiento doloso del juez y el perjuicio causado a la entidad. Por lo tanto, no se configuró el «defecto procedimental por exceso ritual manifiesto» razón por la cual no se accederá a la declaratoria de nulidad.

Se resalta que el recurrente, en su propuesta, no tuvo en cuenta que las nulidades, en materia civil³³ y penal³⁴, se rigen por específicos principios, entre estos, el de convalidación, en virtud del cual se excluye la configuración de aquellas «[...] cuando el perjudicado ratifica, expresa o tácitamente, la actuación anómala, en señal de ausencia de afectación a sus intereses». (CSJ SC-2802018, rad. 11001311000720100094701), el cual tiene aplicación dada la deficiente estrategia de la abogada antecesora del apelante, quien ni siquiera supo, en debida forma, formular la pretensión y la modalidad de reparación integral, tal como se dejó constancia en antecedencia. Tampoco hay que dejar desapercibido que el recurrente, al advertir el supuesto «defecto procedimental», en su primera intervención en el proceso, debió ponerlo en conocimiento del a quo –audiencia de 6 de agosto de 2019- y no dejar tal solicitud solo cuando se profirió la decisión adversa³⁵.

Dilucidado lo anterior, se pasará a analizar el argumento de disenso planteado por el recurrente frente a la negativa de condenar en perjuicios al condenado.

3.2. En el sub examine, mediante el incidente de reparación integral promovido por la entonces representante de víctima –Instituto Nacional de Vías-, se pretendió el pago de perjuicios en cuantía de \$12.502.787.250.

Tal como lo reseñó la primera instancia, la apoderada de INVIAS, en su exposición oral, no pidió expresamente indemnización por daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales objetivados.

La citada se limitó a decir que la pretensión económica equivalía al valor de los dineros

embargados ilegalmente por Emiro Rafael Salgado Atencia, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre); por ello, es lógica la deducción del a quo en el sentido de entender que esa manifestación correspondía al daño emergente derivado del actuar delictivo del citado.

Las pruebas que aportó fueron dos certificaciones:

(i) De 6 de mayo de 2014, expedida por la Coordinadora del Grupo de Tesorería de Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, en la cual se signó que el valor de los dineros debitados de las cuentas N°. 110-080-00275-1, 220-080-72002-2 y 220-080-03470-5 del Banco Popular a esa entidad con motivo de la medida de embargo ordenadas por el incidentado fueron: (i) \$800.000.000; (ii) \$8.202.787,250; y, (iii) \$3.500.000.000, respectivamente³⁶. Y,

(ii) la del 25 de junio de la misma anualidad del Secretario del Comité de Defensa Judicial y Conciliación que dio cuenta de que los miembros de este, por unanimidad, decidieron presentar dentro del incidente de reparación integral la pretensión en cuantía de \$12.502.787.250³⁷.

Sin embargo, estos documentos no demostraron el daño en los términos que exige el artículo 97 del Código Penal. No se trata de trasladar la carga procesal a la judicatura, sino que el incidentante debe ser diligente en la estructuración de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual [dolo o culpa, daño y nexo causal]³⁸.

La norma citada señala como carga procesal de la parte interesada la de probar el derecho sustancial que alega, incumplida en este evento, pues no acreditó el supuesto de hecho de las normas que consagran la indemnización por el daño cometido por una conducta punible, de acuerdo al artículo 167 del Código General del Proceso.

Es cierto que la sentencia condenatoria sustenta la causa del daño ocasionado por el ilícito, con lo cual se configura la fuente de obligación civil de naturaleza extracontractual, tal como

lo aduce el incidentante.

Sin embargo, ese solo hecho no genera ipso facto la indemnización de perjuicios, solo porque a tal interviniente le parece que es así, sin ofrecer respaldo probatorio, o siendo insuficiente este, puesto que la pretensión debe estar fundamentada en una comprobada afectación.

Ello significa que se debe realizar una nueva labor probatoria, diferente a la que se llevó a cabo en el interior del proceso penal, por cuanto: (i) el incidente de reparación es un mecanismo accesorio a este, que se tramita una vez culmine con una sentencia condenatoria; (ii) no se busca declarar la responsabilidad penal del procesado ni mucho menos hacer juicios de reproche del comportamiento del mismo o juicios de valor de la intensidad del dolo; (iii) los medios de conocimiento aportados deben demostrar supuestos de hechos concretos que cuantifican un daño derivado de la relación causal entre este y el comportamiento del condenado; y, (iv) tiene un marco jurídico que se nutre de las normas civiles en lo no regulado por la Ley 906 de 2004. (CSJ SP 5279-2017, rad. 47693).

Por ello, se equivocó el apelante al manifestar que los medios de conocimiento incorporados en el juicio oral -y en especial el «proceso ejecutivo»-, que sustentaron la sentencia condenatoria, son prueba del daño y de la cifra pretendida como perjuicios.

Se reitera, es una carga procesal, en cabeza de quien representa a la víctima -INVIAS-, demostrar los perjuicios materiales causados y, para ello, debió aportar los medios de convicción sobre la efectiva afectación como consecuencia del daño ocasionado por el punible.

No es admisible, en este estadio procesal, tal como lo hizo el recurrente, efectuar una crítica a los argumentos de la sentencia de primera instancia, ni, mucho menos, realizar nuevos juicios de reproche sobre la conducta juzgada del condenado.

Tampoco hacer conjeturas, bajo el ropaje del «hecho notorio» [referido al saqueo de las arcas de INVIAS, de lo cual «no se requiere prueba»], ni esbozar una supuesta «organización» para delinquir, hecho no juzgado en el proceso penal, cuya base son «noticias de medios de comunicación en abstracto» que no tienen la fuerza demostrativa para probar el nexo causal.

La obligación de demostrar los perjuicios recae, desde luego, en quien ha sufrido el daño con el delito y aboga por su reconocimiento -más no en el incidentado-, como se indica en la jurisprudencia analizada en precedencia y en el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CSJ SP 5279-2017, rad. 47693).

Tal como lo adujo la primera instancia, la responsabilidad civil extracontractual está constituida por tres elementos: (i) la culpa o dolo; (ii) el daño ocasionado; y, (iii) el nexo causal entre las dos anteriores [los cuales se derivan del artículo 2341 del Código Civil, el cual indica que quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido].

La existencia de los dos primeros no significa ipso facto la demostración del tercero, esto es, la relación causal que debe existir en los ítems (i) y (ii), es decir, entre la conducta dolosa del incidentado y el perjuicio originado por esta.

Es de resaltar que, en este evento, el apelante desconoció el núcleo central de la condena en contra de Emiro Rafael Salgado Atencia, la cual se circunscribió a realizar la ejecución anticipada de una obligación que surgió del proceso reivindicativo adelantado por Samuel de Jesús Martelo Pérez y otros, contra el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, [antes de los 18 meses que ordena el Código Contencioso Administrativo], cuya fuente de obligación jamás fue puesta en entredicho en el proceso penal. Así las cosas, la cifra por la que se pidió la ejecución de la sentencia tuvo una fuente legal -fallo judicial-.

Por ello, tiene la razón el a quo al indicar que Salgado Atencia no fue condenado por ordenar a esa entidad a pagar unas sumas de dinero sino por adelantarse a ejecutar a esta sin esperar que se agotara el plazo de 18 meses que impone el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, tal como lo adujo la primera instancia, con los documentos aportados simplemente se probó que, como consecuencia de la orden del entonces Juez, dentro de un proceso ejecutivo, de las cuentas de la entidad en el Banco Popular se «debitaron» unas cifras en un total de \$12.502.787.250.

En otras palabras, una vez recibida la orden de embargo emitida por el condenado, la entidad bancaria, simplemente, retuvo o congeló, tempranamente, los montos indicados en la certificación, lo cual no demostró, por si misma, que el ex funcionario ordenó el pago indebido de estos al ejecutante, máxime cuando nunca se cuestionó el origen de esta obligación que devino de una sentencia emitida en un proceso reivindicatorio agrario en el cual se demandó a INVIAS. Mucho menos, se acreditó que la cifra indicada fue entregada efectivamente a los ejecutantes, siendo insuficiente tal medio de conocimiento para establecer el nexo causal entre la conducta del condenado y el supuesto daño ocasionado.

Ahora que la Fiscalía haya aducido que efectivamente hubo daño en el comportamiento de Salgado Atencia -y que los dineros fueron pagados y no devueltos-, tampoco esa manifestación suple el deber de demostrar la afectación, dada la ausencia de respaldo probatorio en el incidente de reparación integral.

Del mismo modo, la constancia del Comité de Defensa Judicial tampoco probó el daño, dado que solo hizo alusión a que ese órgano autorizó la presentación del incidente de reparación integral por esa cuantía, sin especificar dato adicional.

Documentos de los cuales, se repite, no se puede deducir que el monto citado fue pagado a los ejecutantes sin existir causa legítima para ello, es decir, que INVIAS no la debía.

En ese sentido, la conducta dolosa de Emiro Rafael Salgado Atencia, juzgada como prevaricato por acción, en su condición de Juez de San Marcos (Sucre), no implicó per se que, a causa de esta, hubo daño patrimonial a la víctima, entidad demandada dentro del proceso ejecutivo instaurado por Samuel de Jesús Martelo Pérez y otros, cuyo título judicial fue la sentencia que se profirió en el proceso reivindicativo fallado en contra de INVIAS.

Por lo tanto, la conclusión del a quo corresponde a la realidad procesal cuando adujo que, en este evento, el incidentante «no probó el daño sufrido a consecuencia de la acción del juez, ni qué ganancia o provecho dejó de tener a consecuencia de ese anticipado embargo», razón por la que su pretensión económica de resarcimiento de perjuicio debe negarse pues en este evento no opera la figura de «presunción legal».

La falencia del incidentante no se puede suplir con la crítica que realizó el apelante al decir que el a quo solo evocó la sentencia de primera instancia sin tener en cuenta la emitida por esta Corporación el 4 de diciembre de 2013 que confirmó el fallo.

Lo anterior por cuanto, de una parte, con ello, desconoció que ambas decisiones configuran una unidad jurídica; y, de otra, porque los argumentos referidos a los aspectos objetivo y subjetivo del tipo penal de prevaricato como del juicio de reproche a la conducta del ex juez condenado, esgrimidos en sede de la apelación, no prueban el nexo causal, lo cual no se suple con la mera decisión del condenado.

Por ello, la afirmación del recurrente en relación con la orden de embargo de los recursos y el mantenimiento de la misma por parte del ex funcionario, pese a peticiones de desembargo, no tienen la fuerza demostrativa que le pretende otorgar, cuando ni siquiera, quien representaba los intereses de la entidad en el año 2014, atinó a discriminar la clase de perjuicios a indemnizar.

Así mismo, se confirmará lo atinente a la condena «en costas» -agencias en derecho- pues el apelante no ofreció argumentos adicionales a los anteriores frente a ese aspecto,

incumpliendo la carga de fundamentar el recurso en ese aspecto.

4. Conclusión

Ante la falta de pruebas que demuestre el daño alegado, la decisión no podría ser otra que no condenar al pago de la suma pretendida por la víctima. Del mismo modo, no hay lugar a la nulidad planteada. Por lo tanto, se confirmará la providencia apelada.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la decisión confutada al encontrarla ajustada al ordenamiento jurídico.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el proveído de 6 de agosto de 2019 proferido por una Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo.

SEGUNDO: NEGAR la nulidad propuesta en los términos analizados

TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidenta

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cfr. Folios 5 a 61 del cuaderno del incidente.
- 2 Cfr. Folio 1 del cuaderno de incidente.
- 3 Cfr. Folios 63 a 64 ibidem.
- 4 Cfr. Record: 16:30; 20:00; 20:40; y, 21:20. Audiencia de 26 de febrero de 2015.
- 5 Cfr. Folios 206 a 207 ibidem.
- 6 Cfr. Folios 222 a 226 ibidem.
- 7 Cfr. Folios 7 a 23 del cuaderno de la Corte. Radicado 45966.
- 8 Cfr. Folios 339 a 340 del cuaderno de incidente.
- 9 Cfr. Folio 366 ibidem. Record: 6:52; y, 9:31. Audiencia de 22 de marzo de 2018.
- 10 Cfr. Folio 575 ibidem. Record: 11:11. Audiencia de 6 de agosto de 2019.

Parte 1.

11 Cfr. Record: 24:33. Sesión de 6 de agosto de 2019. Parte 1.

12 Cfr. Record: 40:23 ibidem. Sesión de 6 de agosto de 2019. Parte 1.

13 Cfr. Folio 535 ibidem. Sesión de 6 de agosto de 2019. Parte 2. Y, Record: 1:31. Parte 2.

14 Cfr. Folios 536 a 551 ibidem. Audiencia de 6 de agosto de 2019. Sesión de lectura de decisión.

15 Cfr. Audiencia de 6 de agosto de 2019. Sesión de lectura de decisión.

16 Cfr. Folio 6 a 16 del cuaderno de la Corte. Rad. 56109.

17 Cfr. Folio 591 del cuaderno del incidente.

18 Ibidem

19 En la cual se indicó que se debitaron de la cuenta del Banco Popular las sumas de \$800.000.000, \$8.202.787.250 y \$3.500.000.000, para un total retenido de \$12.502.787.250.

20 En la cual consta que los miembros del Comité por unanimidad decidieron presentar dentro del incidente de reparación integral la propuesta por la cifra de \$12.502.787.250.

21 «[...] las condenas contra el Estado solo son ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria».

22 Cfr. Record: 48:34. Audiencia de 6 de agosto de 2019. Sesión de lectura

del fallo.

23 Cfr. Citó: «sentencia 069 de 15 de julio (sic) 0068901».

24 Citó la sentencia de la Corte Constitucional T-264-2009.

25 Record: 9:12. Audiencia de sustentación del recurso de apelación. 4 de diciembre de 2019.

26 Record: 14:00. Audiencia de 4 de diciembre de 2019. Sesión de sustentación del recurso de apelación.

27 Artículo 94. Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

28 CC-SU768-2014

29 Cfr. Record.14:03. Audiencia de 26 de febrero de 2015. Parte 1.

30 Cfr. Record: 19:38. Ibidem.

31 Cfr. Record: 1:10. Audiencia de 26 de febrero de 2020. Parte 2.

32 Cfr. Record: 13: 50; y, 17:42. Ibidem.

33 «Especificad, protección, trascendencia y convalidación». (CSJ SC-2802018, rad. 11001311000720100094701).

34 «Instrumentalidad, acreditación, trascendencia, protección, convalidación, taxatividad y residualidad» (CSJ AP2399-2017, rad. 48965).

35 Sobre el particular el artículo 136 del Código General del Proceso establece: «Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. [...]».

36 Cfr. Folio 534 del cuaderno del incidente.

37 Cfr. Folio 534 del cuaderno del incidente.

38 Cfr. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, al respecto, que los elementos de la responsabilidad extracontractual son: «i) una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica, ii) un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva, iii) una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación y, iv) un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva». (CSJ 12063-2017, rad. 2005-00058-01).