

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

SP846-2020

Radicación 56434

Aprobado Acta No. 060

Bogotá, D.C, once (11) de marzo de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Decidir la impugnación especial interpuesta por la defensa de GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta el 27 de junio de 2019, mediante la cual revocó el fallo absolutorio dictado el 2 de diciembre de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad y en su lugar lo condenó a la pena de 137 meses y 12 días de prisión, multa de 18.750 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por dicho lapso, al hallarlo responsable de los delitos de peculado por apropiación en grado de tentativa, en la modalidad de interviniente, falsedad en documento público agravado por el uso y concierto para delinquir agravado.

1. HECHOS

Da cuenta el proceso que Gustavo Adolfo González Ramos se concertó con el gerente del ISS -Seccional Magdalena- Nelson Vives Lacouture, el juez Segundo Civil Municipal de Ciénaga Antonio Rafael Vives Cervantes y los abogados de la entidad, con el único objetivo

de defraudar a la citada entidad.

Acorde con ello, entre el 25 y 27 de abril de 2007, González Ramos, a través de la abogada Sandy Beatriz Loaiza Redondo, presentó cuatro demandas ejecutivas contra el Instituto de Seguros Sociales para el cobro de obligaciones inexistentes, cuya cuantía ascendía a \$227.680.000, a las cuales anexó, como título base de ejecución, sendas aceptaciones de oferta que fueron falsificadas por el primero de los citados.

Las demandas, en virtud del reparto irregular, correspondieron al Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénaga, donde, previo acuerdo con el titular y González Ramos respecto del pago de un porcentaje, se tramitarían los respectivos procesos ejecutivos y así obtener con prontitud la expedición de los títulos judiciales para el posterior cobro.

Posteriormente, las demandas fueron retiradas por petición de la abogada Loaiza Redondo sin que se hubiese adoptado decisión alguna por parte del juzgado.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 20 de agosto de 2008 se dio apertura a la fase de indagación preliminar¹, escenario en el cual se escuchó en versión libre a Sandy Beatriz Loaiza Redondo y luego de practicadas algunas pruebas, el 22 de febrero de 2010 se dispuso la apertura de instrucción y la vinculación mediante indagatoria de la citada², acto que se verificó el 20 de marzo de ese mismo año³. En ella, se le imputaron los delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía en la modalidad de tentativa y en calidad de determinador, concierto para delinquir agravado, falsedad en documento público y falsedad en documento privado.

2. A través de resolución del 5 de mayo de 2010⁴ se ordenó vincular a la investigación a Gustavo Adolfo González Ramos mediante indagatoria, la cual se inició el 4 de junio

siguiente⁵ y culminó el 3 de diciembre del citado año⁶.

3. El 30 de agosto de 2012 se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por el apoderado del Instituto de los Seguros Sociales⁷.

4. El 6 de noviembre de 2013 se definió la situación jurídica a González Ramos⁸, mediante la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual le fue sustituida por la de carácter domiciliaria, como posible determinador del delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, en concurso con falsedad material en documento público agravado por el uso y concierto para delinquir igualmente agravado. Así mismo, declaró prescrita la acción penal respecto del delito de falsedad en documento privado. Esa decisión fue confirmada por la Fiscalía 61 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá a través de resolución del 30 de enero de 2014.

5. Mediante providencia del 17 de febrero de 2014 se dispuso el cierre parcial de la investigación respecto de Gustavo Adolfo González Ramos⁹ y el 7 de mayo del mismo año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra por las conductas punibles aludidas¹⁰, decisión confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá en proveído del 16 de marzo de 2015, con la modificación consistente en que el delito de peculado por apropiación lo era en calidad de interviniente.

6. El conocimiento de la etapa del juicio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, despacho que llevó a cabo la audiencia preparatoria el 11 de septiembre de 2015¹¹, y la de juzgamiento se inició el 1 de octubre y culminó el 15 de ese mismo mes¹², tras lo cual, el 2 de diciembre siguiente, se dictó sentencia absolutoria en favor del acusado González Ramos¹³.

7. La decisión en comento fue apelada por la Fiscalía 19 de la Unidad Nacional Anticorrupción, la representante del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil.

8. En providencia del 27 de junio de 2019, el Tribunal Superior de Santa Marta revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, condenó a Gustavo Adolfo González Ramos a la pena de 137 meses y 12 días de prisión, multa de 18.750 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por dicho lapso, al hallarlo responsable de los delitos de peculado por apropiación en grado de tentativa, en la modalidad de interviniente, falsedad en documento público agravado por el uso y concierto para delinquir agravado.

9. La decisión habilitó el recurso de casación y la impugnación especial, interponiéndose esta última por parte del defensor del acusado, la cual se concedió en auto del 17 de octubre 2019 para ante esta Colegiatura, al haber sido sustentado dentro del término legal por la defensora suplente, designada previamente por el titular.

10. Respecto de Sandy Beatriz Loaiza Redondo, la Fiscalía precluyó en su favor la investigación a través de resolución del 4 de junio de 201514.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

Como se dijo, el Tribunal revocó la sentencia absolutoria de primer grado y en su lugar condenó al acusado, cuyo sustento se resume en los siguientes términos:

1. Concretó los puntos de disenso en: i) el análisis de los testimonios de Sandy Beatriz Loaiza Redondo, Antonio Vives Cervantes, Wilson Ávila Barliz y Alfonso Segundo Durán Ramírez, ii) el desconocimiento del principio de libertad probatoria al exigir un cotejo grafológico para demostrar la falsedad de los documentos públicos, y iii) la inaplicación efectuada por el a quo de la agravante prevista en el artículo 290 del Código Penal.

2. Bajo ese derrotero, de entrada anunció que del caudal probatorio legal, regular y

oportunamente allegado a la actuación, existía plena certeza de las conductas punibles y la responsabilidad del acusado.

3. En ese sentido, dijo que estaba demostrada la asociación criminal de un grupo de personas, entre ellas, funcionarios del Instituto de Seguros Sociales, jueces y abogados, como Gustavo Adolfo González Ramos, cuya finalidad era la de apropiarse de dineros de esa entidad mediante la interposición de demandas ejecutivas elaboradas con documentación falsa y presentadas a través de terceros, que eran asignadas al despacho del funcionario judicial con quien ya existía previo acuerdo para darle el trámite respectivo.

3.1. A esa conclusión arriba del análisis de las declaraciones rendidas por Sandy Beatriz Loaiza Redondo, quien, por petición del enjuiciado, firmó las demandas ejecutivas, y los respectivos poderes, que se interpondrían contra el ISS; Antonio Rafael Vives Cervantes, Juez Segundo Civil Municipal de Ciénaga para el momento de los hechos, integrante de la organización delictiva que desfalcó al Seguro Social; los abogados del ISS Alfonso Segundo Durán Ramírez y Wilson Arcangel Ávila Barliz, con los cuales, según la Sala, quedaba resuelta cualquier duda sobre la materialidad de las conductas y la responsabilidad penal del enjuiciado.

3.2. Frente al tema relacionado con el desconocimiento del principio de libertad probatoria, descarta la exigencia del a quo de requerir un cotejo grafológico para establecer la certeza sobre la alteración de los documentos, ya que de acuerdo con el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, tal aspecto puede acreditarse con cualquier medio, sin que resulte indispensable, en materia de falsedad documental, dicha prueba pericial.

En el caso bajo análisis, puntualiza el Tribunal, que dicho aspecto se acreditó con los testimonios de Sandy Beatriz Loaiza Redondo, Antonio Rafael Vives Cervantes, Víctor Manuel Cortés Miranda y Judith Borrás de la Rosa, y con el soporte documental allegado con el informe 437657 del 23 de diciembre de 2008, lo cual evidenciaba que quien falsificó

poderes, alteró las aceptaciones de oferta, utilizó facturas con valores inexistentes y confeccionó demandas espurias para la apropiación de dineros públicos fue Gustavo Adolfo González Ramos.

3.3. De otro lado, sobre la no aplicación de la circunstancia de agravación punitiva fijada en el artículo 290 del Código Penal por parte del juzgador al estimar que sólo era aplicable al determinador y al cómplice, responde que erró al confundir los conceptos de “participación” y “coparticipación”, para lo cual aclara que «...el término partícipes hace referencia a aquellas personas que de una manera u otra intervienen en el hecho delictivo favoreciendo su realización, tal es el caso del determinador y el cómplice. Por su parte, la palabra copartícipes alude al fenómeno jurídico de la coparticipación criminal entendida como la realización conjunta de un hecho punible que comprende la intervención de diversas personas, ya como autores, coautores, cómplices o determinadores...», luego era obvio que el agravante por el uso en el delito de falsedad material en documento público resulte aplicable tanto al autor como a los partícipes.

Con base en ello, precisa que el a quo se equivocó al declarar la prescripción de la acción penal de dicha conducta punible, desacierto en el que incurrió al eliminar el agravante deducido por el ente acusador, lo cual sólo ocurrirá el 16 de marzo del 2020, ateniendo los parámetros del artículo 83 del Código Penal.

4. Ahora, a los argumentos que esgrimió la defensa del procesado en su condición de sujeto procesal no recurrente, responde lo siguiente:

4.1. A lo atinente con la inexistencia de prueba indicativa de que González Ramos fue la persona que confeccionó los documentos tachados de falsos, la inaplicación de la causal de agravación del artículo 290 del C.P. y la ausencia de medio probatorio en punto del acuerdo sostenido con funcionarios del ISS, se remitió a lo ya precisado en párrafos precedentes.

4.2. En cuanto a la falta de autenticación de las copias de los cuatro procesos ejecutivos con

los que se pretende acreditar la materialización de los punibles atribuidos al acusado, aduce que la defensa tuvo la oportunidad de objetar ese aspecto desde la misma indagación y en el término de traslado del artículo 400 de la ley 600 de 2000, documentos que además eran conocidos por la parte, por lo tanto, pudo cuestionarlos o incluso deprecar la nulidad, pero como no lo hizo oportunamente, en atención al principio de preclusión de los actos procesales, desatendió el cuestionamiento.

4.3. Para la defensa resultaba también inaplicable el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal que agrava el delito de concierto para delinquir, toda vez que el indagado no tenía la dirección del grupo de abogados que perseguían desfalcar al ISS, a lo cual la Sala responde negativamente, pues si bien no podía afirmarse que era quien dirigía al colectivo de litigantes, sí se demostró que promovía e impulsaba, a través de terceros, la presentación de demandas ejecutivas con la finalidad ya indicada.

Agrega que de acuerdo con el significado de las palabras “promover” y “fomentar”, el comportamiento del implicado se ajusta a la disposición que castiga con mayor severidad la asociación criminal, ya que «...para conseguir la realización de ese algo que era la apropiación de dineros estatales, el enjuiciado además de instaurar las demandas espurias mediante terceras personas, estimuló económicamente a funcionarios del ISS y al juez que agilizará el proceso con fin de dar impulso a la consecución de la idea criminal que compartía con los coasociados de hacer suyos el peculio del Seguro Social.»

De esa manera, el señalamiento de la defensa, relativo a la prescripción de la acción penal, quedaba sin sustento, fenómeno que sólo acontece el 16 de marzo de 2020.

4.4. Descarta igualmente la configuración de una tentativa desistida que demandó la defensa del procesado y que sustentó en el retiro de las demandas, toda vez que ese proceder no fue producto de su propia voluntad, sino que ello se suscitó por la incorporación a un cargo público de la abogada Sandy Beatriz Loaiza Redondo en el municipio de Dibulla;

luego, la no consumación del hecho obedeció a una circunstancia ajena al ánimo del implicado.

Agrega que el retiro de los libelos no dio lugar al abandono definitivo de la intención delictiva, por cuanto González Ramos volvió a presentarlos por conducto de María Molina, persistiendo así en el propósito de apoderarse de los dineros pertenecientes al ISS, lo cual fue corroborado por el testigo Wilson Ávila Barliz.

5. Con fundamento en lo expuesto, reitera la postura de revocar la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, procediendo en consecuencia a dosificar la pena a imponer, proceso que se resume así:

5.1. Peculado por apropiación agravado por la cuantía:

Según el artículo 397-2 del Código Penal, los extremos punitivos fluctúan entre 72 meses y 270 meses, parámetros que redujo en la cuarta parte dada la calidad de interviniente y ese resultado lo disminuyó en los términos del artículo 27 ídem, relativo a la tentativa, obteniendo así como extremo mínimo 27 meses y máximo 151 meses y 26 días, con los cuales fijó los cuartos de movilidad, y en virtud a la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 58, se ubicó en el primer medio que determinó entre 58 meses y 6 días a 89 meses y 12 días.

A partir de ello, con base en el análisis relativo a la gravedad de la conducta, el daño real creado y la intensidad del dolo, impuso el monto máximo del cuarto seleccionado.

5.2. Falsedad material en documento público agravado:

Con base en los artículos 287 y 290 del Código Penal, los extremos punitivos los fijó entre 36 y 108 meses, y sobre ese parámetro estableció los cuartos de movilidad, ubicándose en el primero de ellos, que dijo fluctúa entre 36 y 54 meses.

Igualmente, tras el análisis de los parámetros previstos en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, impuso pena de 54 meses de prisión.

5.3. Concierto para delinquir agravado:

De acuerdo con la pena fijada en el artículo 340-3 del Código Penal, que va de 36 a 108 meses, determinó los cuartos de movilidad ubicándose en el primer cuarto medio en razón a la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 58 del Código Penal, esto es, de 54 a 72 meses, imponiendo este último monto luego del estudio de los presupuestos previstos en el citado artículo 61.

5.4. Acorde con lo anterior, considera que el delito de peculado por apropiación es el que comporta mayor punibilidad. En aplicación del artículo 31 ídem que regula lo concerniente al concurso de conductas punibles, señaló que el aumento hasta otro tanto no podía exceder la suma aritmética de los delitos concurrentes, esto es, la pena no podía ser superior a 215 meses y 12 días (resultado que obtuvo de sumar las sanciones fijadas para cada uno de los delitos), «...por lo que la Corporación realizará el aumento hasta en otro tanto en veinticuatro (24) meses por el delito de concierto para delinquir y veinticuatro (24) meses de punición por la falsedad documental, atendiendo a lo apócrifo de la aceptación de otras ofertas números 0262/03, 0269/2003, 0275/2003, 0288/2003, 0294/2003 y 0309/2003, se aumentará la sanción por cada una de ellas cuatro (4) meses, que sumados a la pena de ochenta y nueve (89) meses y 12 días de prisión arroja un total de ciento treinta y siete (137) meses y doce (12) días de prisión».

5.5. Frente a la pena de multa que conlleva el delito de peculado por apropiación, dijo la Sala que según lo previsto en el inciso 2 del artículo 397 del Código Penal, la sanción tenía pena única de hasta 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto, luego de efectuar las disminuciones relativas al interviniente y a la tentativa, la fijó en 18.750 salarios.

5.6. Finalmente, en cuanto a los subrogados penales, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena al no cumplirse con el aspecto objetivo que prevé el artículo 63 del Código Penal.

En relación con la prisión domiciliaria, estimó necesario analizar el principio de favorabilidad dado el cambio legislativo producido desde el año 2007, fecha de los hechos.

En esa medida, con base en las exigencias que tenía previstas el original artículo 38 de la Ley 600 de 2000, considera que se cumplía el requisito objetivo relativo a la pena mínima establecida para cada uno de los delitos, que no podía superar los 5 años, no ocurriendo los mismo con el aspecto subjetivo, pues el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado no dejaba entrever seria y fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Ahora, frente a la ley 1709 de 2014, que modificó, entre otras normas, el citado artículo 38, precisa que podría resultar más favorable al acusado en cuanto al factor objetivo, pero no respecto a los otros aspectos y que tienen que ver con la prohibición de conceder el beneficio cuando se trata de delitos contra la administración pública.

4. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria proferida por el ad quem. Sustenta su pretensión en los siguientes términos:

1. Frente al testimonio de la abogada Sandy Beatriz Loaiza Redondo, afirma que, contrario a lo dicho por la Sala, no era cierto que de él se evidenciara el actuar delictivo del procesado, toda vez que ella, además de afirmar haber sido utilizada por éste y desconocer toda ilegalidad, en ningún momento manifestó que él se hubiera concertado con otras personas

para defraudar al ISS. Tan solo dijo que firmó unas demandas y unos poderes y que el acusado se encargó de llevarlas a los juzgados, las que posteriormente retiró.

1.1. La calificación de mendaz que le otorgó el juzgado a la testigo derivó de la inconsistencia y falta de credibilidad de su dicho, para lo cual tuvo en cuenta varios aspectos, entre ellos: el grado de instrucción, ya que pretendió hacer ver que fue utilizada y confió en el procesado al creer que era buena persona; que ella no presentó las demandas, cuando para ese momento era obligatorio para el apoderado hacerlo personalmente (art. 84 C. de P.C.); por el conocimiento que dijo tenía del acusado, cuando no tuvo vínculos con él, el cual adquirió de Jairo Ramos, primo de éste; haber dicho que presentó 2 demandas cuando en realidad fueron 4; que el testigo Álvaro López Fornaris, quien prestó servicio policial al implicado, negó haberlos trasladado al municipio de Ciénaga; no era cierto que ella hubiese retirado las demandas y le entregara a González Ramos los originales, sino que las mantuvo en su poder y le facilitó una copia a la Fiscalía.

1.2. Que si bien los documentos falsos anexos a la demanda 2007-0255 fueron utilizados por Diana Polo Buelvas, quien suplantó a la abogada María Molina y utilizó los mismos documentos como anexos para presentar otra demanda contra el ISS, dicha persona además de estar siendo investigada por la Fiscalía, negó conocer a González Ramos y que el libelo con sus anexos se los entregó el abogado Hugo Quintero Cervantes, lo cual, para la recurrente, dejaba entrever que nunca llegaron al procesado y que siempre estuvieron en poder de Loaiza Redondo y el citado profesional, luego no era cierto que se obtuvieron con el informe 437657.

1.3. Los testimonios del juez Vives Cervantes, Jairo Ramos Lagos, Víctor Manuel Cortés Miranda y Judith Esther Borrás de la Rosa, no corroboraban lo expuesto por Loaiza Redondo, ni lo consignado en el mentado informe, como erradamente lo afirmó el Tribunal. Tampoco se verificaba con la certificación expedida por el Coordinador de Compras del ISS, ya que en ella sólo se consigna a qué proveedores corresponden unas aceptaciones de oferta y nada

se dice de que fueran falsas.

1.4. Estima que la presencia de un interés generalmente lleva a mentir al testigo, máxime si de manera indirecta existe enemistad, como ocurre en este caso entre el compañero permanente de la testigo, Jairo Ramos Lagos, y González Ramos, la que se originó en la lesión que éste le causó en uno de sus dedos, aspecto que le resta credibilidad al dicho y a las sindicaciones efectuadas en su contra.

1.5. Concluye al respecto que Loaiza Redondo fue vinculada a esta investigación y por ello funge como “co-reo”, por ello su dicho debía valorarse con rigor y con mayor razón si vinculaba a terceros.

2. Respecto del testimonio del ex juez Antonio Rafael Vives Cervantes, el cual fue considerado por el juez como “irrelevante”, señala la censora que, frente a las sindicaciones contra González Ramos, incurrió en contradicciones, dado que en un primer momento sostuvo que éste había abordado a su esposa para luego indicar que estuvo en su despacho donde hablaron personalmente, lo cual deja entrever versiones encontradas en aspectos esenciales.

2.1. Si las demandas fueron retiradas sin pronunciamiento alguno, era claro que no hubo actuación judicial o procesal ni intervención de los abogados externos del ISS, tampoco expedición de títulos judiciales; por lo tanto, no podía existir porcentaje ni haber recibido dinero.

2.2. Se trata de un testimonio con contradicciones sustanciales y de otro co-imputado, aspectos que lo dejaban como un testigo sospechoso, lo cual obligaba a valorarlo con rigor y prudencia a pesar de haber admitido la comisión de un delito o encontrarse en negociaciones con la justicia, aunado a que la madre del acusado, en su condición de Fiscal, tuvo a cargo la investigación que se originó por el problema de “Clara Lina”, donde profirió medida de aseguramiento en contra del secretario del juez Vives Cervantes y compulsó

copias a fin de que éste fuera procesado.

3. Respecto de la declaración rendida por el abogado Alfonso Segundo Durán Ramírez, también investigado por la defraudación del ISS, sostiene que su aseveración de ver al procesado en la gerencia de esa entidad, fue confutada por María Luisa Méndez Abril, también abogada externa del Instituto, quien dijo no recordar haberlo visto allí; pero, de haber estado en ese lugar, su presencia contingente y ligada a causas diferentes, puesto que el testigo nada expuso sobre la razón de la misma o el tema de conversación, de manera que, «...el testimonio ninguna luz arroja sobre lo que se investiga en este evento...».

4. Cuestiona también el testimonio del abogado Wilson Arcángel Ávila Barliz, del cual no se infería que hubiese tenido algún conocimiento de las demandas de la abogada Loaiza contra el ISS; se contradice con lo aducido por Vives Cervantes, toda vez que mientras aquel testigo indicó que se reunió con González Ramos y le entregó un sobre con dinero para el funcionario, éste, el juez, acotó que él había arreglado directamente con el procesado en su despacho lo atinente con el porcentaje y que todo se hacía sin intermediarios.

4.1. Hizo ver igualmente que Diana Carolina Polo Buelvas admitió haber suscrito las demandas a nombre de la abogada María Molina, hecho por el cual es objeto de investigación, las que fueron entregadas por Hugo Quintero Cervantes, con quien laboraba, de ahí la conclusión del juez en cuanto a que el procesado no entregó demanda alguna a Loaiza Redondo y tampoco fueron devueltas luego de ser retiradas del juzgado.

4.2. El dicho del testigo en alusión, según la recurrente, se desvanece con la descripción que hizo de María Molina, ya que no se corresponde con la que se indicó de Polo Buelvas en la diligencia de indagatoria, evidenciándose que faltaba a la verdad cuando en su decir le entregó el dinero a González Ramos, porque no hubo tal entrega.

5. Ahora, frente a la ausencia de prueba pericial que acreditara la falsedad imputada al

implicado, señala que es desacertado demostrarla con la afirmación de Loaiza Redondo dado que ella adujo haber firmado los poderes y demandas sin ver sus anexos –aceptaciones de oferta-, o con lo aducido por Víctor Ortiz Miranda y Judith Borrás de la Rosa, quienes en su condición de representantes de las sociedades Surtisalud y D'medic Ltda., se limitaron a decir que nunca confirieron poder a la abogada y que las facturas no se correspondían con las que ellos usaban.

5.1. Igual ocurre con la certificación expedida por el Coordinador de Compras del ISS, ya que no establece que las aceptaciones de oferta fueran falsas, la cual, a lo sumo, podría conducir, eventualmente, a que esos documentos no se corresponden con los proveedores originales, «...esto es, podría tenerse como prueba indirecta de este hecho, pero no de la falsedad de aquellas.»

5.2. Así las cosas, con tales medios de juicio era imposible determinar la alteración de unos documentos públicos, de ahí la necesidad de la prueba técnica echada de menos por el a quo.

6. Pone de presente la recurrente la ilegalidad de la prueba allegada para demostrar la materialidad de los delitos endilgados y la eventual responsabilidad del acusado. Al respecto dice:

6.1. Contrario al parecer del Tribunal, la defensa, en desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento, presentó oposición y rechazo a la incorporación de las copias por no estar debidamente autenticadas, entre ellas las 6 aceptaciones de oferta tachadas de falsas; por tal razón, no podían ser valoradas y menos para soportar una sentencia de condena, defecto que no conducía a la nulidad, pero sí a la exclusión al haber sido incorporadas con violación del debido proceso.

7. También pone en entredicho la estructuración de los delitos que fueron imputados al acusado, tema que sustenta en los siguientes términos:

7.1. Cuestiona la aplicación de la causal de agravación prevista en el artículo 290 del Código Penal -uso del documento falso-, pues de acuerdo con el acta de reparto de abril 27 de 2007, podía deducirse que fue Sandy Beatriz Loaiza Redondo quien presentó la demanda y no el procesado, de manera que al no existir ningún medio de prueba indicativo de que González Ramos concurrió objetiva y subjetivamente a falsificar los referidos documentos, debía aplicarse el principio de in dubio pro reo que impedía dictar sentencia condenatoria en su contra, aunado a que la acción penal habría prescrito al desestimarse el agravante aludido.

Frente a la antijuridicidad de la conducta, acota que las actuaciones originadas en las referidas demandas, la que más se prolongó lo fue por un lapso de 10 días al haber sido retiradas sin que el bien jurídico de la fe pública se hubiese lesionado de manera efectiva o puesto en peligro. Agrega que la simple contradicción conducta-norma conlleva a la antijuridicidad formal pero no es suficiente para agotar la material, dado que no trascendió al mundo fenomenológico en razón al inmediato retiro de los libelos sin pronunciamiento alguno por parte del funcionario judicial.

7.2. Respecto del delito de peculado por apropiación afirma que no se estructuran los elementos objetivos del tipo penal, pues: i) González Ramos no ostenta la condición especial exigida para el autor; ii) no se le confió ningún tipo de bienes en razón del cargo o con ocasión de sus funciones, de ahí que la Fiscalía le dio el carácter de particular acusándolo a título de interviniente; iii) se acreditó que no hubo apropiación de dineros o de bienes de ninguna naturaleza por parte de servidores públicos ni de terceros, y iv) tampoco hubo perjuicio para el Estado ni para algún particular, lo cual fue reconocido por el ente instructor al calificar el mérito del sumario a título de tentativa.

Considera que la elaboración de las demandas y la presentación en la Oficina Judicial de Ciénaga para el reparto, constituyen pasos iniciales cuyo objetivo era hacerlas llegar al juez de conocimiento, lo cual constituye un acto preparatorio en iter criminis, en tanto que la

misma por sí sola no tiene la capacidad y eficacia para producir el resultado final de apropiarse del dinero del instituto, acto que carece de aptitud, toda vez que la sola presentación del libelo «...no es garantía de que se dictará providencia alguna sino que la misma debe ser estudiada por el juez. Y solo si ella reúne los requisitos sustanciales y formarles, se libraré mandamiento ejecutivo, se ordenará medida cautelar, y se libraré orden de embargo...», tampoco es un acto idóneo e inequívoco dirigido a consumir el peculado por apropiación; por ello, no se está frente a ninguna tentativa.

Refuerza su argumento aduciendo que en este caso se configura una tentativa desistida, pues, en su parecer, la sola presentación de las demandas no constituye un medio adecuado que permita inferir que se produciría una apropiación de los dineros del ISS por terceros o el funcionario.

Agrega que las demandas fueron retiradas por la abogada Sandy Beatriz Loaiza Redondo antes de que se emitiera una decisión de fondo, momento para el cual no había sido nombrada en ningún cargo público, hecho que se produjo el 25 de junio de 2007, luego se trató de un acto voluntario que evitó se dictara mandamiento de pago.

7.3. En cuanto al delito de concierto para delinquir, cuestiona que la Fiscalía hubiese estructurado el delito sobre la base de que la prueba obrante dejaba entrever la participación de un número plural de personas que actuaron en forma de empresa delictiva, con división de funciones y tareas definidas, y cuyo propósito era defraudar las arcas de ISS; porque tales elementos por sí solos, no conducían a sostener la existencia de una verdadera “societas delinquentium”, ya que los mismos son también predicables de ciertas formas de autoría y participación.

En ese sentido, para el caso bajo análisis, asegura que aparte de las declaraciones del juez Vives Cervantes y del abogado Ávila Barliz, no obra medio probatorio indicativo que el procesado concordó su voluntad con la abogada Loaiza Redondo u otros litigantes, el

gerente del ISS y sus abogados externos, o con funcionarios de la Oficina Judicial o del Banco Agrario de Ciénaga, con el propósito de adelantar procesos en el Juzgado Segundo Civil Municipal de esa localidad; tampoco se demostró que hubiese acordado con otros profesionales la comisión de delitos de manera indeterminada, en una asociación con vocación de permanencia en el tiempo. Lo único que estaría demostrado, acorde con la teoría del Fiscalía y en gracia a discusión, es que se concretó con el juez el pago de un porcentaje de dinero para adelantar los procesos ejecutivos.

Cuestiona la aplicación de la causal de agravación imputada y prevista en el inciso 3º del artículo 340 del C.P. toda vez que de aceptarse la participación del procesado en un eventual acuerdo de voluntades, el mismo no tuvo la finalidad que sanciona la norma, pues de acuerdo con el precepto, surgen tres modalidades distintas de ataque al bien jurídico: la primera emana del simple acuerdo para cometer cualquier tipo de delito (inc. 1º); la segunda cuando el acuerdo tiene la finalidad de cometer los delitos allí enlistados, u organizar, promover, armar o financiar grupos ilegales (inc. 2º), y la tercera penaliza la efectiva ejecución de tales conductas (inc. 3º).

Bajo esa perspectiva, la conducta estaría tipificada en el inciso 1º, la cual a la fecha de la emisión de la resolución de acusación ya estaba prescrita, razón por que solicita se decrete la cesación de procedimiento.

8. Discrepa también la recurrente del proceso de individualización de la pena de prisión puesto que, con violación del principio de doble incriminación, se tuvieron en cuenta circunstancias ante-valoradas y penalizadas en el mismo tipo.

8.1. Sobre el punto aduce que es inadmisibile que se hubiese atribuido una mayor gravedad al delito de peculado porque el procesado pretendió apropiarse de fondos destinados a la seguridad social, con un daño potencial y un dolo más intenso al poner en riesgo bienes del Estado y querer hacerlos suyos, cuando esa es precisamente la finalidad que subyace en el

ánimo del agente.

8.2. También cuestiona los argumentos expuestos para la individualización de la pena respecto del delito de falsedad en documento público, por cuanto la alteración de los documentos es el único mecanismo real mediante el cual se concreta la falsificación, sin que sea posible volver a recriminar el modo de ejecución de la conducta cuyo verbo rector es falsificar; para incrementar la pena.

8.3. Tampoco admite las razones dadas por el Tribunal para asignarle una mayor gravedad al concierto, pues en su sentir «al lado de un rudimento de organización y la vocación de permanencia de esta, el ánimo de cometer delitos –en plural- de manera indeterminada, y la viabilidad material del proyecto son, de manera conjunta con el “acuerdo” de voluntades, elementos integrantes del tipo objetivo del concierto.»

8.4. Bajo esa misma argumentación, censura que se hubiese deducido la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 58 del Código Penal, toda vez que la misma fue retirada por la Fiscalía en todos los procesos adelantados en donde es víctima el ISS, incluido el seguido al aquí procesado bajo el radicado 2065, estimando que de mantenerse, conllevaría a una doble valoración jurídico-penal, al apropiarse de recursos estatales en razón de la naturaleza parafiscal de los bienes destinados a la seguridad social.

8.5. En punto del incremento de la pena en virtud del concurso heterogéneo y homogéneo, dice que carece de toda justificación y por ello aparecen como ilegales y exagerados en comparación con los casos fallados contra el ex-ministro Arias Leyva y María del Pilar Hurtado, donde por el concurso se hizo un aumento de 6 meses por cada delito concursante, a pesar en cada uno de ellos lo apropiado superó los 25 mil millones de pesos.

8.6. Sobre la pena de multa expone que el Tribunal erró al establecer una sanción

pecuniaria, por cuanto en este asunto las demandas fueron retiradas, sin que se hubiese producido apropiación alguna ni detrimento al Estado, de manera que, si esa sanción está condicionada a la eventual apropiación y su monto es directamente proporcional al valor de lo retenido, surgía claro que no había lugar a su fijación por parte del sentenciador.

9. Finalmente, solicita la sustitución de la medida de aseguramiento de detención intramural por la de carácter domiciliario, en razón a la condición de padre de familia que ostenta el procesado, ello al amparo del numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y la Ley 750 de 2002, junto con la sentencia C-184 de 2003 que extendió el beneficio a los hombres que se hallen en la misma situación que una madre cabeza de hogar.

Sustenta la pretensión aduciendo que, tal como lo indicó el procesado en la indagatoria, tiene tres hijas, una de 22 y dos gemelas de 13 años, está separado de la madre de ellas, y en razón de ello están bajo su cuidado y protección, por la cual adquiere la condición de varón cabeza de familia en los términos de la Ley 82 de 1993, de manera que, la reclusión intramural le impediría atender las obligaciones de sus hijas con grave detrimento de sus derechos, exponiéndolas a su eventual abandono y desprotección, sin que la existencia del otro padre o parientes torne inviable la medida deprecada.

10. Con fundamento en lo antes expuesto, solicita se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva al proceso de los cargos por los que fue llamado a juicio, dado que la prueba documental allegada no satisface todas las formalidades legales para ser valoradas, pues no se incorporó debidamente autenticada, aunado a que las conductas objeto de reproche son atípicas y tampoco se configuran las agravantes a ellas adosadas.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De la competencia:

A partir del Acto Legislativo 01 de 2018, modificadorio del artículo 235 de la Carta Política, que atribuyó a la Corte la competencia para conocer la impugnación especial contra la primera condena, la Sala en decisión del 3 de abril de 2019, rad. 54215, precisó que

“el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal”.

Conforme con tal, corresponde a esta Sala conocer de esta impugnación especial.

1.1 La Sala advierte que la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual por vía de apelación condenó al abogado GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS por los delitos de peculado por apropiación en grado de tentativa en calidad de interviniente, falsedad en documento público agravado por el uso y concierto para delinquir agravado, quien había sido absuelto en primera instancia, será confirmada al satisfacer los presupuestos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, bajo cuyo procedimiento se tramitó este asunto.

1.2 Así mismo, responderá a los motivos de disenso en el orden propuesto por la recurrente.

2. Indebida valoración probatoria.

2.1. A juicio de la impugnante, el Tribunal no habría valorado correctamente y con la debida dilación los testimonios de Sandy Beatriz Loaiza Redondo, Antonio Rafael Vives Cervantes, Wilson Ávila Barliz y Alfonso Segundo Durán Ramírez, ni confrontado con el resto del acervo probatorio.

2.2 Es pertinente recordar que conforme con el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, en materia de apreciación de la prueba rige el sistema de persuasión racional o sana crítica por

oposición al de tarifa legal. De ahí, que el 277 de la misma ley, consagra los criterios que el juzgador ha de tener en cuenta en la apreciación del testimonio.

De este modo, al amparo de los principios de la sana crítica, debe tener en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que percibió, la personalidad del declarante, la forma en que hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en su testimonio.

2.3 Señalar que la declaración de los co-procesados tienen “limitada eficacia probatoria” o “revisten valor indiciario y, por consiguiente, forman parte de la prueba indirecta o indiciaria”, es establecer en su apreciación un sistema tarifado ajeno al ordenamiento jurídico interno, en cuanto se insiste, es al funcionario judicial a quien le corresponde reconocer o negar fuerza persuasiva a la testimonial a partir de la ponderación de los criterios ya mencionados.

Luego, ninguna razón asiste a la defensa cuando pretende por esa vía menguar el valor probatorio de los testimonios de Sandy Beatriz Loaiza, Antonio Rafael Vives y Alfonso Segundo Durán Ramírez y anteponer al juicio del Tribunal el del a quo, sin expresar los motivos de discordia o los errores del ad quem en su apreciación.

2.4 Insistir en el calificativo de mendaz que el a quo le dio a la versión de Sandy Beatriz Loaiza y apoyarse en sus mismas razones para apartarse del análisis probatorio de la segunda instancia, no revela el desconocimiento de las reglas de la sana crítica en su apreciación por el Tribunal, sino la intención de que a través de la impugnación se tome partido por una determinada tesis, cuando se explica por qué es creíble. Además, encuentra corroboración en los testimonios de Jairo Ramos Lagos, Antonio Rafael Vives, Víctor Manuel Cortés Miranda y Judith Esther Borrás de la Rosa, en los aspectos expresamente mencionados en él.

En efecto, en sus diferentes salidas al proceso la citada profesional fue consistente en sostener, que el inculpado le propuso firmar las demandas ejecutivas contra el ISS que tenía redactadas y ofreciéndole un porcentaje, lo cual aceptó. En razón de ello acudió a su oficina en el mes de marzo de 2007 y allí las firmó junto con los correspondientes poderes, sin ver los anexos que las soportaban.

Ahora, es evidente que tal propuesta obedeció a la amistad surgida desde la Universidad del Magdalena, en la cual el acusado era catedrático en el programa de derecho y ella trabajaba en la parte administrativa, de modo que no hay razón alguna para dudar que los libelos efectivamente fueron elaborados por el implicado, con mayor razón cuando entre los dos no había enemistad o problemas personales que permitan sugerir que tal señalamiento tiene fundamento en una posible retaliación de la declarante.

La mendacidad del testimonio no puede depender, como ocurre en este asunto, de la simple negación del acusado del señalamiento que se le hace, sin aludir a motivos que lo hagan sospechoso o carente de fuerza persuasiva cuando, se insiste, no existen circunstancias indicativas de su interés en mentir.

Por lo demás, está acreditada la presentación de las demandas en la oficina judicial de Ciénaga y su posterior retiro del Juzgado Segundo Civil Municipal de esa población, por existir constancia en la cual la testigo aparece firmando tal acto, lo cual corrobora su dicho en tal aspecto.

En tales condiciones, no hay fundamento para sostener que el testimonio de Sandy Beatriz no es creíble, dado que en el plenario no hay motivo de descrédito que afecte su mérito persuasivo.

Así mismo, los declarantes Víctor Manuel Cortés Miranda y Judith Esther Borrás de la Rosa, representantes legales de Surtisalud y D!medic respectivamente, declararon no haber otorgado poder ni conocer a Sandy Beatriz Loaiza¹⁵, circunstancia esta que corrobora lo

dicho por la última, en cuanto que los poderes y las demandas los firmó en la oficina del acusado.

Sostener que la abogada Sandy Loaiza Redondo y Jairo de Jesús Ramos Lagos, se unieron para atestiguar en contra del acusado, por la relación sentimental que mantienen y el disgusto surgido entre Ramos Lagos y González RAMOS, no es argumento suficiente que afecte la credibilidad de sus versiones.

Primero, porque una detenida lectura deja entrever que sus relatos son coherentes, espontáneos y no contienen contradicciones en sus aspectos sustanciales. Segundo, no ocultaron los motivos de descrédito invocados por la defensa. Y, tercero, se limitaron a declarar lo que les fue preguntado, sin agregar hechos que perjudicaran al acusado.

2.5 En igual sentido procede al ocuparse del relato del exjuez Antonio Rafael Vives Cervantes. Además de manifestar que la primera instancia lo consideró “irrelevante”, advierte que incurre en contradicciones en la sindicación porque inicialmente dijo que GONZÁLEZ RAMOS abordó a su esposa y luego que estuvo en su despacho y habló personalmente con él; como también, son “mendaces y tendenciosas” sus afirmaciones de haber recibido los porcentajes convenidos con el acusado, toda vez que las demandas presentadas por Sandy Beatriz Loaiza habían sido retiradas por ella, sin haberse dictado ninguna decisión judicial.

Es preciso señalar que el Tribunal reprodujo en extenso lo declarado por Vives Cervantes, acogiendo su versión porque siendo un miembro de la estructura criminal tuvo conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, restó importancia a la contradicción aludida por la recurrente, y luego, indicó que GONZÁLEZ RAMOS sabía que no se opondría a las pretensiones de las demandas en razón de la asociación criminal.

La Sala no encuentra motivos que afecten la veracidad del testimonio de Vives Cervantes,

quién en razón de su oficio estaba en capacidad de facilitar la labor delictual, dado que como titular del Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénaga se comprometió a tramitar las demandas presentadas contra el ISS, hecho este evidenciado en el plenario y con su decisión de someterse a sentencia anticipada.

Desde esta perspectiva, las reservas acerca de la eficacia probatoria de su declaración carecen de fundamento. En su condición de integrante de la asociación criminal, relató los hechos y su participación en la misma, sin que tal narrativa exagere o incorpore circunstancias que hagan dudar de su rol y el del acusado.

Así, no persuade el cuestionamiento que hace la defensa a la declaración del juez Vives Cervantes, de quien afirma que la mención que hizo en contra del acusado se suscitó como retaliación en razón de la compulsión de copias que en su momento dispuso su progenitora al interior de una investigación que adelantó cuando se desempeñó como fiscal, pues se trata de una afirmación sin ningún soporte probatorio.

Entonces, si mencionó al aquí implicado lo fue en su condición de juez y encargado de tramitar los procesos ejecutivos espurios contra el ISS, conforme se había acordado y no como un acto de retaliación o venganza como quiere hacerlo ver.

De igual modo, el ad quem concluyó que incluso Vives Cervantes aclaró que supo del retiro de varios de los procesos, en lo cual coincide con lo manifestado por Sandy Beatriz Loaiza, en tanto que la prueba documental aportada con el informe 437657, esto es, la certificación del Coordinador de Compas del ISS y las seis (6) aceptaciones de oferta originales, no deja duda sobre las alteraciones de las mismas, cuyo pago comprometía al Seguro Social.

Lo expuesto no son contradicciones sustanciales que afecten la fuerza persuasiva del testimonio, porque lo cierto es que, su dicho deja en total claridad que tanto juez como procesado se reunieron en el juzgado y allí acordaron los detalles para la presentación de las demandas, entre ellos, lo relacionado con el porcentaje que el funcionario recibiría por su

actuación.

Es cierto que las demandas fueron retiradas sin que se hubiese adelantado trámite alguno, lo cual evitó que se hubiese materializado la expedición de los títulos judiciales y la entrega de dineros, pero ello no quiere decir que lo afirmado por el declarante termine siendo intrascendente.

Por último, Vives Cervantes además de someterse a sentencia anticipada, buscó beneficios por colaboración con la Fiscalía, sin que este motivo per sé desdiga de su versión. Primero, tal trámite está permitido por la ley. Segundo, la credibilidad de su testimonio no depende del trámite sino de la verosimilitud que ofrezca la colaboración ofrecida, en torno a la cual no existe reparo, como quiera que permitió el desvertebramiento de la asociación criminal y la vinculación de algunos de sus integrantes, entre ellos, la del acusado GONZÁLEZ RAMOS.

2.6 Ahora, en relación con la declaración del profesional del derecho Alfonso Segundo Durán Ramírez, limitada en lo esencial a su manifestación según la cual solía ver al procesado GONZÁLEZ RAMOS en la Gerencia del Instituto, la cual considera contradicha por la de María Luisa Méndez que dijo no recordar haberlo visto en ese lugar; olvida, como bien lo advirtió el Tribunal, que siendo Durán Ramírez parte de la organización criminal, reconoció como integrante de la misma al acusado.

En efecto, es uno de los profesionales del derecho que participó en el fraude al ISS y como tal intervino dando contestación a las demandas sin oponerse a las pretensiones, situación que le permitió conocer todo el plan delictivo que se gestó con esa finalidad y de las personas involucradas en esos eventos, sin que el hecho de no haber indicado el tema de conversación lo desacredite.

Además, de la transcripción parcial de su versión en el fallo acerca de la presentación de las demandas en el juzgado del exjuez Vives Cervantes, entre otros despachos judiciales, el

Tribunal deduce que compagina con lo narrado por este testigo, en cuyo caso, tal conclusión no contraría la lógica como se expresa en la impugnación.

2.7 Finalmente, la poca credibilidad que le atribuye a la versión de Wilson Arcángel Ávila Barliz, la sustenta en que éste le habría entregado al exjuez Vives Cervantes un sobre con dinero por las demandas presentadas en su despacho por Polo Buelvas, cuando lo acordado era que el acusado y el juez se entendieran directamente.

Aun cuando el Tribunal se refiere a ella, para reafirmar que GONZÁLEZ RAMOS nunca abandonó su intención delictiva, es pertinente advertir en principio que el testigo relata un hecho que no es ni fue objeto de investigación, en tanto la suma de dinero recibido por el testigo para entregarla al juez, correspondía a los procesos supuestamente por María Molina, pues estos en realidad los adelantaba Diana Carolina Polo Buelvas bajo el nombre de aquella.

Del hecho probado que María Molina no presentó las demandas y su nombre fue utilizado por Diana Carolina Polo Buelvas, no puede inferirse como lo hace la defensa, que el acusado no entregó a Sandy Beatriz Loaiza, las que esta afirmó haberlo hecho en la oficina judicial de Ciénaga.

Ya se advirtió que no hay motivo que desdiga de la credibilidad del testimonio de Sandy Beatriz Loaiza, ni aquella circunstancia la contradice. Está demostrado que la testigo presentó y retiró las demandas, careciendo de sustento el reproche probatorio.

De esta manera, carece de toda trascendencia que la descripción física que hiciera Ávila Barliz de María Molina no coincidiera con la de Diana Carolina Polo Buelvas, porque lo sustancial de su testimonio radica en que con él se muestra la existencia de la asociación criminal, con independencia de la persona que presentaba las demandas que llegaban a conocimiento del Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénaga.

Entonces, la falta de coincidencia en la descripción física no afecta la verosimilitud de la declaración de Ávila Barliz, dado que la importancia probatoria del mismo tiene que ver con la entrega del sobre de dinero al exjuez, la cual por haber sido negada por el acusado no es suficiente para restarle mérito probatorio.

3. Considera la impugnante que la falsedad de las seis (6) aceptaciones de oferta, no puede establecerse mediante la prueba testimonial ni la documental citada por el Tribunal, toda vez que con ellas es imposible determinar que tales documentos públicos son espurios, y carecen de poder suasorio para demostrar en grado de certeza la materialidad de la conducta falsaria.

Aunque no lo dice, pareciera coincidir con el a quo en que la prueba pericial –grafológica-, sería necesaria para mostrar la falsedad material de los documentos públicos atribuida a GONZÁLEZ RAMOS.

Inicialmente, tal argumentación carece de sustento jurídico. El principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, previene que la materialidad de la conducta, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las excluyentes de la responsabilidad, y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, puede ser demostrada por cualquier medio de prueba, salvo que la ley exija prueba especial respetando siempre los derechos fundamentales.

De acuerdo con él, es evidente que en materia de falsedades la ley no requiere prueba especial para determinarla, razón por la cual, la conducta falsaria puede establecerse con cualquiera de los medios de prueba contemplados en el código procesal penal. En este sentido, la Sala tiene dicho que no puede

“limitarse la acreditación de los elementos constitutivos de la conducta punible y la responsabilidad del procesado a una prueba que, si bien puede resultar trascendente, no es exclusiva ni obligatoria para tal fin, en virtud del principio general de libertad probatoria

consagrado en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000»¹⁶.

Conforme con ello, el Tribunal estimó acreditada la falsedad de las aceptaciones de oferta, no solo porque Sandy Beatriz Loaiza, aseguró que ella recibió las demandas de manos del acusado sin constatar sus anexos, sino primordialmente porque con la certificación expedida por la Coordinación de Compras del Instituto de Seguros Sociales¹⁷ acerca de las aceptaciones de oferta del periodo abril-mayo de 2003, se estableció que las seis (6) incorporadas con la demanda radicada bajo el no. 00255-07 no se corresponden con las allegadas a la actuación por esa oficina y visibles a folios 52 a 62 del cdno 1.

A partir de tales hechos, infirió que el autor de la falsedad material no podía ser otro que el acusado GONZÁLEZ RAMOS, conclusión que para la Sala no resulta desatinada.

4. Imputación de la agravante prevista en el artículo 290 del Código Penal.

Estima la recurrente, que la imputación de la falsedad material en documento público a título de autor al abogado GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS, impedía deducir la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 290 del Código Penal, dado que él no fue quien incorporó en el tráfico jurídico las aceptaciones de oferta.

Establece tal disposición, que la pena se incrementará hasta en la mitad para el copartícipe de las conductas descritas en los tipos penales anteriores, entre ellas, la atribuida al procesado, que usare el documento.

La Sala ha entendido que el precepto se refiere de manera general a las distintas categorías de participación en el delito. Esto es, que es copartícipe en él, el autor en sus diversas formas, el determinador y el cómplice. Si otro fuere el entendimiento, se llegaría a soluciones insatisfactorias, como que el autor que usare el documento público falso incurriría en pena menor que el determinador.

Así lo ha precisado, cuando dijo:

Empero, esta unificación no implica un cambio sustancial en la previsión relativa a la circunstancia de agravación establecida por el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal de 1980, en la medida que la actual normatividad penal comprende el agravante del uso para el 'partícipe', artículo 290, en cuyo caso, la pena se aumentará hasta en la mitad. Por lo cual, el actual Código Penal involucra tanto al autor, en sus diversas modalidades, como al partícipe¹⁸.

Ahora bien, la defensora restringe el uso a la entrega material del documento público junto con la demanda en el juzgado del cual era titular Vives Cervantes, sin tener en cuenta que la incorporación de las aceptaciones de oferta a la misma las realizó el implicado y no Sandy Beatriz Loaiza, de modo que a partir del momento en que ésta las entregó a la oficina judicial ingresaron al tráfico jurídico.

Sin la participación del implicado, su uso era imposible. La imputación de la citada circunstancia de agravación punitiva, en tales condiciones no constituye desacierto del ad quem e impide declarar el fenómeno prescriptivo de la acción penal respecto de esta conducta, reclamado en el escrito sustentatorio de la impugnación especial.

En efecto, la pena máxima prevista para la falsedad material de documento público es seis (6) años de prisión¹⁹. Incrementada en la mitad en razón de la agravante por el uso, dicho monto se establece en nueve (9) años.

Como quiera que a la fecha de ejecutoria de la acusación, 16 de marzo de 2015, habían transcurrido 7 años y 10 meses desde la presentación de la demanda²⁰, la acción penal de la conducta falsaria no se encontraba prescrita, ya que en la etapa instructiva tal fenómeno acontecería el 16 de marzo de 2016.

Ahora bien, interrumpida la prescripción en virtud de la acusación, la acción penal en este

asunto prescribiría el próximo 16 de marzo, según lo previsto en el artículo 86 del Código Penal, el cual establece que el término comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en su artículo 83.

5. Legalidad de la prueba trasladada.

Expresa la defensa, que la prueba documental aportada a la actuación para demostrar la materialidad de la falsedad y la consiguiente responsabilidad penal del acusado es ilegal, dado que no es copia auténtica de su original.

A su juicio, la autenticidad no deriva del sujeto procesal que la allegó ni del tiempo que haya permanecido incorporada al proceso, advirtiéndole que tratándose de prueba trasladada, debe reunir los requisitos señalados en el artículo 239 de la Ley 600 de 2000.

Siendo lo alegado un problema de prueba trasladada y de su autenticidad, es preciso indicar que el citado precepto legal reconoce validez a las pruebas practicadas en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, siempre que sean incorporadas a otra en copia auténtica.

La Corte ha advertido que este concepto comprende tanto la que ha sido presentada y reconocida ante Notario o autoridad con capacidad autenticadora, como también la obtenida y cotejada en el curso de una inspección judicial, y la autorizada por el funcionario que conoce de la actuación donde se encuentra incorporada la genuina o la copia autenticada de esta.

“En ese sentido, en cuanto hace a la necesidad de que la prueba se allegue en copia auténtica, el cometido de dicha autenticidad se adquiere, según lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, “cuando es autorizada por el funcionario donde se encuentra el documento genuino o copia autenticada del mismo; cuando una tal condición es certificada por Notario; cuando es compulsada o cotejada en inspección judicial; y,

cuando la parte contra quien se aduce en el proceso penal no rechaza su contenido antes de la audiencia pública”²¹.

Del mismo modo ha precisado que tiene plena validez jurídica, aquella que es consecuencia de la compulsación de copias dispuesta en una actuación, sin que el funcionario que las reciba tenga la necesidad de hacer pronunciamiento alguno sobre ella.

“Sobre la legalidad de la prueba trasladada la Corporación viene reiterando que ni el legislador, la razón, la lógica jurídica ni el sentido común, contempla la necesidad de pronunciamiento expreso por parte del funcionario judicial que recibe la actuación, pues lo allegado de por sí constituye prueba trasladada en el sentido previsto por la norma que la regula.

En cuanto a la autenticidad de las piezas incorporadas, el numeral 1 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil aplicable por integración, prevé que las copias tendrán idéntico valor al original cuando hayan sido autorizadas por el secretario de la oficina judicial previa orden del juez donde esté el original o una copia autenticada. La prueba trasladada en virtud de una orden de remisión de copias tiene plena validez jurídica”²².

Así las cosas, la ilegalidad reclamada de las copias allegadas a la actuación carece de fundamento, sin que tengan aplicación los Decretos 960 de 1970 y 2148 de 1983 citados en la impugnación especial, toda vez que estas disposiciones legales están referidas al procedimiento de autenticación de los documentos en general.

De esta manera, la prueba documental adjunta al informe 674 del 29 de abril de 2008, lo fue en cumplimiento de la resolución del 8 de agosto de ese mismo año emitida por el Fiscal II de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el proceso 2054, conforme con la constancia dejada por su asistente²³, la cual sirvió de fundamento para disponer la apertura de investigación previa en este asunto²⁴.

También la incorporada con el informe 437657 del 23 de diciembre de 2008, dado que fue obtenida en virtud de la orden impartida el 20 de agosto de 2008 por el Fiscal 53, con el objeto de determinar la ocurrencia de punibles contra la fe pública, administración pública y de justicia²⁵.

Igualmente “las constancias de retiro de las demandas ejecutivas No. 00254/2007, 0024/2007, 00255 de 2007”, visibles a los folios 243 a 247 del cdno 1, fueron obtenidas en la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 21 de abril de 2010 al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Ciénaga antes Segundo, en cumplimiento de lo dispuesto por el Fiscal 19 que conocía de este proceso.

Vistas de este modo, no existe reparo alguno sobre la legalidad de la prueba trasladada citada, en relación con la cual los funcionarios judiciales podían apreciar su eficacia probatoria, sin necesidad de hacer un pronunciamiento previo acerca de su validez dada la forma en que arribaron al proceso y la autorización judicial expresa de su incorporación, con lo cual se dio cumplimiento a lo dispuesto en el mencionado artículo 239 de la Ley 600 de 2000.

En razón a que el memorial de Sandy Beatriz Loaiza y los fallos disciplinarios emitidos contra el abogado Antonio José Pupo Yohaid allegados con él al proceso, no fueron objeto de análisis y valoración, su presunta ilegalidad no tiene incidencia alguna en el sentido del fallo.

6. Imputación de la agravante del inciso 3º del artículo 340 del Código penal.

La impugnante manifiesta que la agravante prevista en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal no puede serle imputada al endilgado, bajo el entendido que es aplicable a quienes hacen parte de una asociación criminal encaminada a promover, organizar, financiar o armar grupos al margen de la ley. A partir de esta precisión, considera que la acción penal por este hecho punible estaría prescrita.

En principio, cabe señalar que tal conducta era una modalidad del concierto para delinquir agravado descrito en el inciso segundo del mencionado artículo 340, modificado por el 8 de la Ley 733 de 2002. Sin embargo, a partir del 29 de diciembre de 2006, fecha en la cual entró a regir la Ley 1121 de 2006, dejó de serlo y pasó a configurar la de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, descrita en el artículo 345 del código punitivo.

En estas condiciones, la propuesta defensiva carece de fundamento, dado que el delito de concierto para delinquir imputado a GONZÁLEZ RAMOS obedece a su asociación con abogados, funcionarios judiciales y servidores del Instituto de Seguros Sociales y del banco Agrario en el 2007, con la finalidad de defraudar el patrimonio de esa Entidad oficial.

Adicionalmente, la agravante punitiva descrita en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal, aplica para quienes promuevan, fomenten, organicen, constituyan, financien o dirijan tanto el concierto para delinquir simple como el agravado, ya que la norma no distingue, al disponer que el incremento de la pena en la mitad opera para los asociados que asumen alguno de los roles mencionados en “el concierto para delinquir”.

Finalmente, la ley agrava el concierto para delinquir a quienes lo promueven, fomentan, organizan, financian o dirigen, dado que una conducta de tal naturaleza comporta un mayor grado de ofensa para el bien jurídico.

Su atribución desde la acusación, en razón a “organizar, fomentar, promover, dirigir y encabezar” la asociación criminal para defraudar el patrimonio del ISS26, estuvo sustentada en el hecho de la participación activa del acusado con otros abogados, integrantes del grupo del Notario de Santa Marta conocido como “El Mono Leguía”.

Agravación de conducta alternativa, como quiera, que procede si el sujeto cumple uno o varios de los roles en ella señalados. En este asunto, finalmente le fue imputada en la modalidad de “promover”, lo cual no comporta falta de congruencia con la acusación, y

responde con el papel que GONZÁLEZ RAMOS cumplió finalmente.

7. De la tentativa.

Luego de considerar que la Corte admite la tentativa en el delito de peculado por apropiación, la recurrente expresa que la Fiscalía acusó a GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS en calidad de interviniente, por presentar por intermedio de la abogada Sandy Beatriz Loaiza demandas contra el Instituto de Seguros Sociales, a las cuales anexó documentos falsos, contando con el consentimiento de su Gerente y concertado con el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga y servidores judiciales y empleados del Banco Agrario.

Considera que la sola presentación de las demandas, sin que el juez hubiere dictado providencia con capacidad para disponer de los bienes del ISS, no es acto adecuado para inferir que se produciría la apropiación de los bienes, como tampoco puede tenerse por unívoco de este fin.

Agrega que el retiro de los libelos se produjo después de haber transcurrido 10 días hábiles de sus presentaciones, por la misma demandante ante la expectativa de ser nombrada en un cargo público, sin que el despacho judicial se pronunciara sobre su viabilidad y proferido mandamiento de pago contra el Instituto demandado, de modo que fue “un acto voluntario de esta el que frustró que se dictaran los mandamientos de pago”, razón por la cual se está frente a una tentativa desistida, la cual no es punible.

Es principio de derecho penal que los actos de ideación y preparación del punible, por regla general no son punibles. Por el contrario, lo son los de ejecución y consumación.

Ahora bien, la fase de preparación comprende la elección y disposición de los medios que permitan al autor la consecución del fin propuesto. La de ejecución es la utilización de los medios elegidos en la realización del plan²⁷.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia reconocen que no resulta fácil distinguir dónde termina la fase de preparación y dónde comienza la de ejecución, razón por la cual la Sala ha dicho que esta situación problemática se resuelve teniendo en cuenta el plan del autor y los actos socialmente adecuados que pongan en peligro el bien jurídico objeto de tutela penal, esto es, acude a un criterio mixto para su distinción.

“Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal.

Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo”²⁸.

Desde esta perspectiva, en cada caso concreto y frente a la configuración del tipo penal, se determina si los actos corresponden a la etapa preparatoria del punible o pertenecen a la ejecutiva, y por consiguiente, si se está en presencia de la tentativa como amplificador del tipo penal.

De forma imprecisa, la defensa refiere que el acto de presentación de las demandas no es adecuado, esto es, idóneo, ni unívoco, en cuyo caso no habría tentativa, o ésta habría sido desistida por acto voluntario de la abogada.

Pasó por alto que lo reprochable no es únicamente la presentación de las demandas. En

efecto, para el plan criminal y su ejecución, el procesado falsificó las firmas de los poderes de los representantes legales de las sociedades titulares de los créditos, las facturas de compra venta adjuntadas como títulos de recaudo ejecutivo²⁹, las aceptaciones de oferta y elaboró las demandas correspondientes, las cuales fueron asignadas por reparto al Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénaga.

Tales actos no fueron meramente preparatorios ni tampoco inidóneos, como quiera que los documentos incorporados con los libelos eran los mínimos requeridos para iniciar los procesos ejecutivos. Esto es, que con la presentación de la demanda se dio inicio a la ejecución de la defraudación de recursos oficiales, conforme con el plan propuesto. En este asunto, el autor ya había utilizado los medios elegidos para la consumación del delito.

De otro lado, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, no es elemento diferenciador de actos preparatorios y ejecutivos, sino factor de ponderación al momento de dosificar la sanción penal.

Así mismo, la circunstancia de no haberse admitido las demandas y dictado los mandamientos ejecutivos, no los hace inidóneos ni equívocos respecto de su fin. La interrupción de su ejecución por acto del coautor instrumental del delito y no del acusado, es lo que configura en este asunto la tentativa punible.

Ciertamente lo que caracteriza a la tentativa desistida es el desistimiento voluntario del autor y no de otro de consumir el delito. En este sentido, el desistimiento debe ser propio. El que desiste es el que intentaba la comisión del punible.

Por lo demás, voluntario es espontáneo, libre, sin apremio o coacción alguna. El desistimiento, en consecuencia, no puede sustentarse ni darse en circunstancias ajenas al ejecutor.

“La llamada tentativa desistida exige que contrario a las dos hipótesis que plantea el Código

Penal como fundamento de la punición en las que se indica que la falta de consumación se da por circunstancias ajenas al agente ejecutor, en aquella modalidad es determinante que éste abandone definitivamente la idea criminosa sin la influencia de factores externos, es decir, su simple voluntad es la que impide el agotamiento de la conducta.

En esa medida, escapan de esta figura conductas tentadas en las que el abandono de la empresa delictiva no es definitivo, sino que se posterga, o situaciones en las que el desistimiento no es del todo voluntario, sino que es determinado por circunstancias externas, como por ejemplo la inminencia de ser descubierto, en fin toda una serie de posibilidades que corresponde establecer de acuerdo con la particularidad del caso. Lo importante es que objetivamente se advierta que el sujeto, encontrándose en total libertad de elegir si continua o no con su propósito delictivo, opta por abandonarlo.”³⁰

En estas condiciones, GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS no desistió de la ejecución del delito. La decisión de no hacer o realizar los demás actos necesarios para su ejecución, no fueron producto de su desistimiento voluntario sino de Sandy Beatriz Loaiza, debido a su expectativa de ser nombrada en un cargo público.

Lo anterior es indiscutible. La defensa admite que la citada abogada fue quien retiró las demandas, “fue un acto voluntario de esta el que frustró que se dictaran los mandamientos de pago”, hecho corroborado con la copia de las constancias que reposan en la actuación³¹.

Y aun cuando luego afirme con sustento en lo expresado por Sandy Beatriz Loaiza, que ella quería sustituir los poderes pero que el acusado insistió en retirarlas, lo cierto es que este jamás abandonó su idea delictiva que permita reconocer el desistimiento voluntario de la consumación del delito.

Ahora bien, si GONZÁLEZ RAMOS pidió a la abogada Sandy Beatriz Loaiza, a través de la cual había presentado las demandas, retirarlas en vez de sustituir los poderes, tal solicitud no

significa el desistimiento voluntario de la consumación del delito, pues en la base de aquella existían motivos distintos, entre los cuales, obviamente estaba el de valerse de otro abogado de su confianza que le permitiera ejecutar el plan criminal sin ser descubiertos.

Desde esta perspectiva, la no consumación de la defraudación que se perseguía con las demandas retiradas no obedeció a un acto voluntario del inculpado, sino a circunstancias ajenas presentadas en la fase de su ejecución.

En este sentido ha dicho la Sala que “escapan de esta figura [tentativa desistida] conductas tentadas en las que el abandono de la empresa delictiva no es definitivo, sino que se posterga”. como fue el caso de volverlas a presentar a través de la abogada Diana Carolina Polo Buelvas indicativa de su persistencia en el plan criminal.

8. Del proceso de dosificación de la pena:

Al proceso de dosificación de la pena, el escrito de impugnación especial le hace varios reparos: i) la violación del principio non bis in ídem, al señalar que el Tribunal ponderó como factores vinculados con la mayor gravedad de la conducta, la intensidad del dolo, el daño real y potencial causados, circunstancias que hacen parte de los tipos penales; ii) la indebida imputación de la causal de agravación genérica del numeral 1 del artículo 58 del Código Penal, sin tener en cuenta que por tratarse de recursos parafiscales y pertenecer al Estado, hacen parte de la descripción típica del peculado. La exclusión de la agravante por esta razón, obligaría a ubicarse en el cuarto mínimo y no en los cuartos medios del ámbito punitivo de movilidad, como se hace en la sentencia; iii) el aumento “hasta en otro tanto” por virtud del concurso, carece de justificación, es ilegal y exagerado; y, iv) la improcedencia de la multa, toda vez que el acusado no se apropió de suma alguna.

8.1. En relación con el supuesto desconocimiento de non bis in ídem, no le asiste razón a la recurrente.

Al ocuparse de los factores de ponderación que permiten al sentenciador determinar la pena dentro del cuarto o cuartos establecidos, el Tribunal invocó, entre otros, la menor o mayor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado y la intensidad del dolo.

En relación con el peculado por apropiación, el ad quem lo calificó de mayor gravedad por haber intentado “hacer suyos fondos destinados a la seguridad social”, lo que de suyo deja sin sustento la alegación de la defensa, porque si bien es cierto tal conducta implica la apropiación de caudales del Estado, la especificidad de los recursos es lo que la agrava.

Y en cuanto al daño real o potencial, expresó que con dicha conducta “perseguía el desplazamiento indebido de una suma considerable de dineros”, de manera que no es cierto que el mismo estuviera constituido por haber puesto “en alto riesgo los bienes del Estado” como lo asegura la impugnante.

Así mismo como manifestación de la intensidad del dolo, señaló que el acusado en su condición de profesional del derecho era consciente de “las consecuencias jurídicas que se producirían con el hecho de buscar asiduamente, mediante documentos falsos, apropiarse de los recursos de la salud” y no únicamente por querer “hacer suyos dineros públicos”, conforme la cita hecha en el escrito impugnatorio.

Esto es, que la recurrente a través de la lectura parcial de los fundamentos aducidos por el Tribunal, pretende demostrar la vulneración del principio de doble juzgamiento, que según lo visto es inexistente.

Igual conducta adopta al referirse a la falsedad, pues para el Tribunal su mayor gravedad radica en “crear una situación jurídica consistente en que el ISS cancelara en su favor altas sumas de dinero por obligaciones inexistentes” y no en que “no solo creó unas demandas apócrifas sino que alteró la credibilidad asignada a unos documentos”.

Y lo mismo puede predicarse respecto de la gravedad del concierto, al considerar “que el

propósito de su alianza delictiva perseguía la apropiación del peculio Estatal, representados en fondos destinados a la Salud”, dado que lo dicho en el fallo no es un elemento de la descripción típica del concierto para delinquir, mientras que en relación con la intensidad del dolo señaló que “era plenamente consciente de las consecuencias jurídicas que acarrearía su actuar injusto”, sin que tal circunstancia este referida a la finalidad de tal conducta punible.

8.2 Respecto de la aplicación de la causal 1ª del artículo 58 del Código Penal, no existe duda sobre su legalidad, toda vez que fue imputada oportunamente en la acusación³².

La impugnante parte de un supuesto equivocado. Es verdad que los recursos del ISS son parafiscales y por ende públicos; pero su atribución no obedece a dicha naturaleza, sino al hecho cierto de su destinación, como quiera que deben utilizarse en la prestación de salud y seguridad social para los afiliados y sus beneficiarios, esto es, son de utilidad común y por supuesto establecidos en beneficio de la comunidad, con lo cual se colman los presupuestos de la agravante genérica deducida.

8.3. La Sala no observa error alguno en el incremento “hasta en otro tanto” de la pena impuesta al acusado en virtud del concurso de conductas punibles, dado que el Tribunal siguiendo los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables, procedió a hacer el ejercicio individual para los delitos por los cuales se le condena.

En este caso, para el delito de falsedad material en documento público estableció como pena mínima a imponer cincuenta y cuatro (54) meses de prisión³³; y para el concierto para delinquir agravado la determinó en setenta y dos (72) meses³⁴.

A la pena del peculado por apropiación, fijada en ochenta y nueve (89) meses doce (12) días, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 31 del Código Penal, añadió veinticuatro (24) meses por el delito contra la fe pública y otros veinticuatro (24) por el punible contra la seguridad pública, de modo que ajustó la tasación de la pena bajo el sistema de

acumulación jurídica consagrado en tal disposición y no aritmético, sin que hubiera sobrepasado el límite de hasta en otro tanto.

Finalmente, el aumento adicional de cuatro (4) meses por cada una de las falsedades imputadas, seis (6) en total, tampoco desconoce el sistema que rige la determinación de la pena en el concurso de hechos punibles.

Conforme con ello, la pena asoma legítima, no es arbitraria ni ilegal ni ilógica como la califica la recurrente.

8.4. Frente a la pena de multa indica la censorsa que no debió imponerse en razón a que la misma está condicionada a una eventual apropiación de recursos públicos y el monto está condicionado a su valor, lo cual en este asunto no se suscitó al haberse retirado las demandas.

En este punto se observa que efectivamente el Tribunal conculcó el principio de legalidad al condenar al procesado por dicho concepto.

En efecto, si bien el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 dispone que la cuantía de la pena pecuniaria corresponde al valor de lo apropiado, la misma no es aplicable en este caso en razón a que el delito de peculado por apropiación se calificó en el grado de tentativa.

Sobre el punto, el juez Colegiado resolvió:

En ese orden de ideas para tasar la pena de multa sea lo primero indicar que de la norma referenciada supra (se refiere al inciso 2 del artículo 397) se extrae que la multa contempla pena única de hasta 50.000 smlmv, situación que impone que el dispositivo amplificador de la tentativa se aplique, teniendo en cuenta dicho guarismo, así entonces, en aplicación del artículo 27 del CP la pena quedaría en 25.000 smlv al descontarle la mitad de la pena contemplada en el artículo 397 inciso 2 del CP. También se debe aplicar lo consignado en el

artículo 30 inciso final de la ley 599 de 2000 por haberle sido imputada la conducta en calidad de interviniente, lo cual arrojaría como resultado 18.750 smlv (...).

Dicha cantidad no podía determinarse y mucho menos imponerse al acusado, precisamente porque el tipo penal no alcanzó su consumación, de manera que, conforme lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala (SP4548-2014, 9 de abril de 2014, Rad. 40902), debió la Sala abstenerse de aplicarla pues no hubo apropiación de ningún valor.

Lo anterior conlleva a excluir la pena de multa impuesta por el ad quem.

9. De la prisión domiciliaria:

Al amparo del numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y la Ley 750 de 2002, solicita la defensa la sustitución de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria por la de carácter domiciliario en razón a la condición de padre cabeza de familia que ostenta el procesado.

Al respecto es necesario aclarar que la medida de aseguramiento impuesta en los eventos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 tiene vigencia hasta el momento en que se profiera la sentencia correspondiente. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido:

En efecto, de manera pacífica y reiterada, la Sala tiene dicho que, en consideración a la naturaleza cautelar de la detención preventiva, así como en vista de las finalidades a las que sirve en el proceso, tal medida de aseguramiento tiene vigencia hasta que se profiere la sentencia de primera instancia, si el proceso es tramitado por la Ley 600 de 2000, o hasta la lectura del fallo de primera instancia, si se aplica la Ley 906 de 2004»

En vigencia de la Ley 600 de 2000, la Sala clarificó que con la emisión de una sentencia condenatoria cesan los efectos jurídicos de la medida de aseguramiento, por lo que la subsistencia de la privación de la libertad del sentenciado encuentra un sustento material

diverso. En tanto mecanismo cautelar, la detención sigue sirviendo al proceso, pero ya no en aspectos probatorios ni de comparecencia stricto sensu, sino al eventual cumplimiento de la pena privativa de la libertad (art. 355 de Ley 600 de 2000). Esto, en la medida en que si bien la presunción de inocencia sigue rigiendo hasta que cobre ejecutoria la declaración de responsabilidad penal (art. 248 de la Constitución), no es menos cierto que, al dictarse una condena en primera instancia, ya existe una decisión judicial sobre la responsabilidad penal de quien es sentenciado, por lo que las determinaciones de condena son de cumplimiento inmediato (art. 188 inc. 1º ídem)

(...)

Además, que la aplicación de mecanismos como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena de prisión por reclusión domiciliaria derive de la sentencia condenatoria, es muestra de que la restricción de la libertad mediante tales mecanismos no tiene su fundamento en la medida de aseguramiento³⁵.

Quiere ello significar que dictado el fallo de primera instancia la medida de aseguramiento ya no tiene efecto alguno, por lo tanto, a partir de ese momento le compete al juez de conocimiento emitir pronunciamiento respecto a la libertad con sustento en los fines de la pena y lo dispuesto por el legislador en punto de los subrogados.

En cuanto a la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, también es tema que le compete al juez de conocimiento si a ello hay lugar bajo los principios de la pena y requisitos previstos en la ley 750 de 2002, pero no ante la eventual sustitución de la medida de aseguramiento que, como ya se dijo, perdió vigencia con la emisión de la sentencia.

Entendiendo entonces que el tema objeto de debate se traslada al otorgamiento de la prisión domiciliaria a favor del acusado, quien demanda la condición de padre cabeza, procede la Sala a pronunciarse en los siguientes términos:

La pretensión está sustentada en el hecho de ser padre de tres hijas: una de 22 años y dos gemelas de 13 años de edad, quienes, por el hecho de estar separado de su cónyuge, están bajo su protección y cuidado, obligación que no podría atender si debe cumplir la reclusión en establecimiento carcelario.

Con base en lo anterior, advierte la Sala que el pretendido subrogado en este caso no es procedente, pues, si bien acreditó ser el progenitor de tres hijas, pero sólo dos de ellas son menores de edad, no ostenta la condición de padre cabeza de hogar en los términos que exige la ley.

En efecto, no se acreditó la ausencia permanente o el total abandono por parte de su madre o de otros parientes, cuando es precisamente este uno de los requisitos necesarios para el otorgamiento del mentado beneficio, ya que su propósito no es otro que la protección de los intereses de los niños que puedan verse en estado de vulnerabilidad manifiesta cuando la única persona que vela por su cuidado es privada de la libertad.

Para mayor claridad del asunto, conviene señalar que el artículo 2º de la Ley 82 de 1983, modificado por el 1º de la Ley 1232 de 2008, en conceptualización aplicable a los hombres, indica: "... entiéndase por 'Mujer Cabeza de Familia', quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar". (resalta la Sala)

Definición sobre la cual la Corte Constitucional (SU388 de 2005), ha precisado:

(...) para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o

abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. (negrilla fuera del texto)

Es más, esta Sala (sentencia SP4495-2018), de acuerdo con la definición de madre o padre cabeza de familia, reiteró los requisitos que avalan tal condición para el reconocimiento del beneficio que regula la Ley 750 de 2002, dentro de los cuales está la necesidad de que los hijos menores estén únicamente bajo el cuidado del progenitor que es privado de la libertad, que bien puede darse por ausencia de la pareja o de otros integrantes del núcleo familiar.

Pues bien, como se indicó en precedencia, tal presupuesto no se satisface en el asunto que es objeto de análisis, toda vez que la progenitora de las niñas no está ausente, sin que el hecho de estar separada del padre de aquellas sea razón suficiente para desligarse de su obligación, ya que, en virtud del principio de solidaridad, es la primera llamada a seguir velando por el bienestar y protección de las menores.

Aunado a lo anterior, por ley tienen también responsabilidad sus abuelos, tíos y demás parientes que hacen parte del núcleo familiar, de quienes no está descartada su presencia.

En los anteriores términos, se negará al procesado Gustavo González Ramos el beneficio de la prisión domiciliaria al no concurrir los requisitos establecidos en la ley.

10. De la atipicidad de las conductas.

Finalmente, la defensa alega que cada una de las conductas atribuidas a GONZÁLEZ RAMOS son atípicas.

10.1 En relación con el peculado por apropiación, después de reseñar los elementos que configuran el tipo penal, considera correcta su atribución a título de interviniente, precisa que no hubo apropiación de dineros y por consiguiente no produjo perjuicio al Estado.

Expresa que la relación funcional es un requisito esencial para la existencia del delito de peculado, esto es, la vinculación que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material que facilite la realización de la conducta. Mientras el juez no dicte decisiones respecto de los bienes, no existe aquel y por tanto el delito.

Agrega que como en este caso, la elaboración de las demandas y su presentación constituían los pasos iniciales, cuyo objetivo era hacerlas llegar al juez de conocimiento para su valoración. La conducta vista de este modo, según la recurrente, constituye un acto preparatorio.

La Sala observa que esta alegación está vinculada con el problema de la tentativa, en la cual se da por sentado que la ausencia de decisión judicial sobre las demandas y el decreto de los mandamientos ejecutivos, impiden concluir que se había iniciado la ejecución del delito contra el patrimonio estatal.

Basta reiterar lo afirmado en el punto 7, que la confección espuria de los poderes de los representantes legales de las personas jurídicas, de las facturas de las supuestas deudas a favor de estas y de las ofertas de compra como la elaboración de las demandas correspondientes, fueron los medios de los cuales el acusado dispuso en orden a la consecución del fin propuesto. Estos constituyen los actos preparatorios del atentado contra la administración pública.

Luego el procesado entregó las demandas junto con sus anexos a Sandy Beatriz Loaiza, ésta las presentó en el centro de servicios judiciales de acuerdo con lo acordado, que después las repartió y asignó al Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénaga, cuyo titular Antonio Rafael Antonio Vives Cervantes había convenido con GONZÁLEZ RAMOS su tramitación por

un porcentaje previamente establecido. Tales actos, sin duda, son parte de la fase ejecutiva del punible, al igual que las decisiones judiciales que debía adoptar el juez para facilitar la apropiación de los dineros públicos.

La circunstancia de haberse interrumpido el iter criminis antes de las decisiones judiciales que viabilizaran las demandas y ordenaran los mandamientos ejecutivos, tampoco significa que el bien jurídico no se encontrara en riesgo de ser vulnerado, toda vez que los medios elegidos por el inculcado eran idóneos para lograr su afectación.

Por lo demás, la fase ejecutiva del punible por lo general está compuesta de varios actos. Su interrupción impedirá la realización de algunos y bien puede producirse al comienzo o al final, de ahí que en la dosificación de la pena deba tenerse en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo.

Resulta desatinado afirmar, que si los actos ejecutados no están cerca de la consumación del punible, todos los demás que comprenden la fase ejecutiva deben considerarse preparatorios del delito. Así las cosas, la alegación defensiva es inadmisibile.

10.2 Frente al delito de falsedad material en documento público, expresa que en el derecho penal actual dicha conducta se estructura no solo cuando recae en un documento apto para servir de prueba sino también cuando causa un daño o peligro para un interés particular o público.

Enseguida aduce la inexistencia de prueba indicativa de la autoría del acusado en tal delito, y califica de mendaz la versión de la abogada Sandy Beatriz Loaiza porque si dice que no vio los anexos de la demanda y estos tampoco le fueron enseñados, no puede afirmar que fueron realizados por el procesado.

Añade que en materia de antijuridicidad, tampoco el bien jurídico fue lesionado o puesto en peligro, porque las demandas fueron retiradas pasados diez (10) días hábiles y la

certificación del Coordinador de compras del ISS, acredita la eventual falsedad de las aceptaciones de oferta anexas al radicado 00255-2007 por corresponder a otros proveedores.

En lo concerniente al citado delito, es cierto que no existe prueba testimonial directa ni documental indicativa de que el autor del mismo haya sido GONZÁLEZ RAMOS.

Sin embargo, es dable inferir su autoría de la prueba legal y oportunamente incorporada al proceso. La falsedad de las seis (6) ofertas de compra, a ellas se contrae la acusación y condena en razón de la prescripción de la de documento privado, está acreditada con la confrontación de las copias de las ofertas reales³⁶ y las allegadas con la demanda radicada bajo el número 00255-2007, no solo por corresponder a proveedores distintos sino a fechas diferentes.

Además de la certificación expedida por el Coordinador de compras del ISS³⁷, obran las declaraciones de los representantes legales de las personas jurídicas³⁸, en las cuales manifestaron que desconocían dichas ofertas y las sumas reclamadas, toda vez que no habían tenido negociación alguna con dicha entidad oficial, quedando documentada la falsedad investigada.

En orden a determinar el autor de la falsedad de las seis (6) ofertas de compra, es necesario tener en cuenta que el juez Antonio Rafael Vives Cervantes, de acuerdo con su versión terminó asociándose con GONZÁLEZ RAMOS para defraudar patrimonialmente al ISS, comprometiéndose a darle curso a las demandas ejecutivas.

Estas fueron elaboradas por el inculpado, dado que Sandy Beatriz Loaiza se encargó de su presentación, lo cual se colige del acta de reparto de la que dio origen al radicado 00255-207, a la que fueron anexadas las mencionadas ofertas de compra.

Establecidos los roles de los partícipes, Vives Cervantes y Loaiza Redondo, y demostrado con

las declaraciones de Cortés Miranda y Borrás de La Rosa, que tales ofertas no eran de las empresas que ellos representaban legalmente, quien las falsificó no pudo ser otro que el acusado.

Aun cuando la defensa ponga en duda las manifestaciones de Sandy Beatriz Loaiza Redondo, esta ha sido enfática en señalar que se limitó a firmar los poderes y las demandas presentadas, negando que hubiera elaborado e incorporado los anexos allegados a ellas.

La imprecisión de la mencionada abogada, sobre si observó o no los anexos, no demerita su manifestación acerca de lo realizado por ella, en cuyo caso, no es una equivocación concluir conforme al plan, que el acusado y no otra persona fue quien ejecutó la conducta falsaria.

Las ofertas de compra además de servir de medio de prueba, al mismo tiempo lo eran de una obligación de contenido económico, clara y exigible. La pluriofensividad de bienes jurídicos reclamada por la recurrente es evidente. A más de la lesión de la fe pública, en cuanto el documento público ingresó al tráfico jurídico también puso en riesgo el de la administración pública, cuando intentó apropiarse de recursos del Instituto de Seguros Sociales seccional Magdalena.

10.3 Afirmando que algunas circunstancias fácticas del concierto para delinquir son predicables de ciertas formas de autoría y participación, estima que la indeterminación de los delitos, la vocación de permanencia y la viabilidad material de la realización del proyecto delictivo, son elementos que configuran la asociación criminal.

Estima que la insular declaración del juez Vives Cervantes, quien admitió la concertación para defraudar al ISS, no resulta suficiente para estructurar el concurso, en la medida que por su falta de respaldo probatorio no merece credibilidad.

Tal crítica resulta inaceptable, dado que la verosimilitud del testimonio no depende de su corroboración por otros medios de prueba, sino de la valoración de los criterios señalados en

la ley y en los principios de la sana crítica, dentro de los cuales no está prevista la exigencia que reclama la impugnante.

Ahora, es preciso señalar que la circunstancia de que algunos de los comprometidos negaran su participación en la sociedad criminal, así Nelson Vives Lacouture en su condición de Gerente del ISS, manifestaran haber sido utilizadas, caso de Sandy Beatriz Loaiza, o todos sus integrantes no fueran descubiertos, no puede inferirse la inexistencia del concierto para delinquir.

En este punto, es pertinente observar que la exigencia de pluralidad de personas requerida por el tipo penal, se satisface en este asunto, en el cual está determinado que GONZÁLEZ RAMOS y el juez Vives Cervantes, acogido a sentencia anticipada, se asociaron para cometer delitos.

En lo relativo a la indeterminación de los punibles, característica del concierto, expresa que en este asunto eran determinables porque obedecían a un plan preconcebido de defraudar el patrimonio de la entidad oficial, y por tanto, sabían cuales debían cometerse para alcanzar dicho propósito.

La asociación criminal surge de la intención de apropiarse de dineros estatales, pero la finalidad de su creación, no hace los delitos determinables. Es a partir del acuerdo de voluntades para delinquir, que sus miembros idean la manera en que pueden esquilmar las arcas del seguro. El modo para lograrlo no es anterior al ánimo societatis, dado que para ejecutar los delitos que permitieran cumplir el propósito de la sociedad, esta debía estar previamente constituida y organizada.

El que los asociados cumplieron roles diferentes, distribución necesaria para el éxito de la empresa criminal, no quiere decir que el problema es de coparticipación de personas y no de asociación criminal como conducta autónoma y punible bajo el concierto para delinquir, con mayor razón cuando surgió con vocación de permanencia.

Adviértase que el propósito de apropiación de los recursos oficiales era indeterminado en el tiempo, no obedecía a un concreto monto y a un solo acto, lo cual se infiere de la presentación inicial de cuatro (4) demandas, una de las cuales, la 00255-2007 pretendía obtener recursos de manera ilegal a través de la presentación de seis (6) ofertas de compra falsas.

11. Finalmente, la defensa sostiene la inocencia del acusado en la negación que este hiciera de los cargos imputados; en el supuesto de una enemistad con su primo Jaime Ramos Lagos, compañero de Sandy Beatriz Loaiza; y, en el hecho de haber sido la señora madre de GONZÁLEZ RAMOS, quien en su condición de fiscal, iniciara la averiguación que condujo a la captura del juez Vives Cervantes y de su secretario.

Sin embargo, no explica tales sustentos. Son afirmaciones genéricas, sin confrontación con la prueba. No señala cuáles fueron los problemas personales y familiares entre los primos, ni por qué la sola condición de compañero de Sandy Beatriz Loaiza hace increíble la imputación.

Recuérdese que Ramos Lagos, en su declaración tras reconocer los problemas con el acusado, simplemente se limitó a decir que varias veces lo había visto en las instalaciones del Seguro Social, presencia que negó Nelson Vives Lacouture, pero no por esto, puede sostenerse que dicho testigo mienta o su versión carezca de fuerza persuasiva, cuando nunca ocultó los inconvenientes con su pariente, conforme se había advertido en esta misma decisión.

Ni resulta sólido el argumento relativo a la participación de su señora madre en la investigación, toda vez que en su condición de Fiscal y de servidora pública, estaba obligada a investigar los delitos que fueron denunciados ante su despacho o le fueran asignados por la Fiscalía. Esta circunstancia, no es demostrativa tampoco de su ajenidad con los hechos.

12. Decisión

En consonancia con lo antes consignado, la Sala revocará la pena de multa impuesta al procesado y confirmará en lo demás la sentencia impugnada.

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: REVOCAR parcialmente el numeral 2º del fallo impugnado, en lo relativo a la fijación de pena de multa al acusado GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS, acorde con las razones indicadas en precedencia.

Segundo: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de segunda instancia proferida el 27 de junio de 2019 por el Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual condenó a GUSTAVO ADOLFO GONZÁLEZ RAMOS

3. NEGAR a GONZÁLEZ RAMOS la prisión domiciliaria, con fundamento en lo sostenido en la parte motiva precedente.

Tercero: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cuarto: Devolver al Tribunal de origen el expediente para el trámite pertinente.

Notifíquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Folio 33, cdno. 1
- 2 Folio 128, ídem
- 3 Folio 134, ídem
- 4 Folio 212, ídem
- 5 Folio 255 ídem
- 6 Folio 103 cdno 2
- 7 Folio 26 cdno. parte civil
- 8 Folio 136 cdno. 3
- 9 Folio 47 cdno. 4
- 10 Folio 116 cdno. ídem
- 11 Folio 306 cdno. 6
- 12 Folios 359 cdno 6 y 39 cdno. 7
- 13 Folio 183 cdno 7

- 14 Folio 11, cdno. 7
- 15 Folios 22 y 223, cdno 1.
- 16 CSJ AP, 17 nov. 2012, rad. 39231.
- 17 Folio 47, cdno 1.
- 18 CSJ SP, 16 feb. 2005, Rad. 15212
- 19 Artículo 287 del Código Penal.
- 20 Fue presentada el 27 de abril de 2007.
- 21 CSJ SP, 4 jul. 2018; rad. 52747.
- 22 CSJ AP, 3 feb. 2016; rad. 37395. Ver también, AP 22 nov. 2014, rad. 44489.
- 23 Dignori Beltrán Hernández, folio 1, cdno 1.
- 24 Folio 33 y siguientes, cdno 1.
- 25 Folios 47 a 99, cdno 1.
- 26 Resolución de acusación del 7 de mayo de 2014, Folio 31.
- 27 Manual de Derecho Penal, Bacigalupo, Enrique. Pág. 163. Temis-Ilanud, 1984.
- 28 CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974.
- 29 Tratándose de documentos privados, en decisión del 6 de noviembre de 2013 se declaró la prescripción de la acción penal; folios 136 y siguientes del cdno 3.

30 CSJ SP, 20 sep. 2017, rad. 46751.

31 Folios 244 a 247, cdno 1.

32 / de mayo de 2014; folio 26.

33 Folio 11, cdno 19.

34 Folio 104, cdno 19.

35 CSJ.AP. Auto 24 jul. 2017 Rad. 49734.

36 Folios 52 a 62 cdno 1.

37 Folio 47, cdno 1.

38 Víctor Manuel Cortés Miranda y Judith Esther Borrás de la Rosa