

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado ponente

AP1708-2021

Acta No 104

Bogotá, D.C., cinco (05) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Sala define la competencia para conocer de la etapa de juzgamiento dentro del proceso adelantado contra James Hermenegildo Mosquera Torres, por el delito de peculado por apropiación agravado.

ANTECEDENTES

1. En audiencia preliminar del 12 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Mocoa (Putumayo), la Fiscalía le formuló imputación a James Hermenegildo Mosquera Torres por el delito de peculado por apropiación agravado (artículo 397, inciso 2, del Código Penal). No se solicitó medida de aseguramiento.
2. El 30 de diciembre de 2020, el Fiscalía 41 Seccional de Mocoa radicó escrito de acusación en contra del citado por la conducta de peculado por apropiación en los términos de la imputación.

Lo anterior, con ocasión del contrato de prestación de servicios No. 200712003 del 8 de diciembre de 2007 suscrito entre SELVASALUD S.A. EPS ARS, RL, a través de su

representante William Orlando Galarza Mena, y James Mosquera Torres, como contratista, por el cual se contrataba la actividad de cobro y recaudo pre jurídico y jurídico de la cartera vencida, originada en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos de aseguramiento correspondientes a las vigencias de periodos de afiliación al régimen subsidiado, adeudada por entidades territoriales a nivel del Departamento de Chocó, especialmente los municipios de Quibdó e Istmina.

Del cual, en su ejecución, se dice que el implicado obtuvo el pago de dineros de dichos entes territoriales a través de procesos jurídicos y de negociación en sus cuentas bancarias, los cuales no eran trasladados en su totalidad a la entidad contratante, pues, al parecer, sustraía cantidades superiores a las pactadas por honorarios en la cláusulas primera y segunda del contrato, capitales, de los que se dice «no podía renunciar la entidad esto es SELVASALUD por disposición del artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 y artículo 32 del Decreto 050 de 2003 además de que dichos recursos como tal no pertenecen a la EPSS sino al Sistema que debe destinarse para finalidades legales como lo es el aseguramiento en salud.»

Así, se indicó que el imputado se apropió de un total \$1.078.000.000, producto de la cartería recuperada con el municipio de Quibdó a través de cobro judicial por valor de \$ 678.991.695 y por concepto de intereses a la cartera recaudada del municipio de Istmina, en cuantía de \$398.634.125.

3. Radicada la actuación en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa, en audiencia del 14 de abril del presente año, la defensa impugnó la competencia por el factor territorial¹. Señaló que de acuerdo con los hechos fijados en la acusación la apropiación de los dineros se efectuó al momento de efectuarse las operaciones monetarias por parte de su representado, en particular, las consignaciones de las que se deduce que no entregó el monto correspondiente a lo realmente recaudado a Selvasalud S.A. EPS, luego de ejecutar el objeto contractual suscrito y que fueron realizadas, unas en el municipio de Quibdó y otras

en el de Itsmina². Por lo tanto, consideró que el juez competente era alguno de esos municipios, mas no el de Mocoa.

A dicha postura se opuso el delegado de la Fiscalía³, quien indicó que el juzgado era competente en la medida que el domicilio fijado por las partes en el contrato No. 200712003, era el de Mocoa, luego con independencia de las acciones que hubiese emprendido el procesado para cumplir el objeto contractual en los municipios que reseñó, la conducta, en los términos del artículo 14, numeral 3, del Código Penal, se debe tener ejecutado en la capital de Putumayo.

Finalmente, la titular⁴ del despacho, advirtió que sí era competente para conocer de la actuación, primero, por el domicilio fijado en el contrato, y segundo, de no ser por la anterior circunstancia, al estarse frente a una conducta cometida en lugar indeterminado, lo cual habilita su competencia en tanto allí presentó la Fiscalía la acusación.

En consecuencia, remitió la actuación a esta Corporación.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo señalado en los artículos 32, numeral 4° y 54 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del presente asunto, en atención a que los Juzgados involucrados son de diferente Distrito Judicial: Quibdó y Mocoa.
2. El artículo 54 del Estatuto Procesal Penal de 2004 regula el trámite del incidente de definición de competencia señalando que «...cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia la proponga la defensa...»

A su turno, el artículo 341 del mismo cuerpo normativo, establece que «De las impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado.

En el evento de prosperar la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno»⁵

Luego, es el mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para precisar de manera perentoria y definitiva, cuál de los distintos Jueces o Magistrados es el llamado a conocer de la fase procesal del juzgamiento, o para ocuparse de un asunto determinado.

3. Ahora, se hace necesario recordar que la Sala, en decisión del 17 de junio de 2019, CSJ AP2863-2019 dentro del radicado 556166, explicó el trámite que debe cumplirse en el marco del incidente de impugnación de competencia. En dicha oportunidad se señaló que, cuando alguna de las partes o intervinientes rechazan la competencia del juez para conocer de un determinado asunto -ya sea en sede de conocimiento o de control de garantías-, surgen dos posibilidades, a saber:

(i) Que las demás partes e intervinientes al igual que la judicatura, compartan dicha postulación, caso en el cual el asunto debe remitirse al funcionario que unánimemente se considera competente, quien a su vez, evaluará si les asiste o no razón. En caso afirmativo, continuará con el curso de la actuación o, en el negativo, remitirá el asunto al funcionario habilitado para definir competencia.

(ii) Que las partes e intervinientes o la judicatura no coincidan con la proposición, generando una efectiva controversia sobre la materia, situación que da lugar a que se remita directamente el asunto al funcionario autorizado para definir competencia, por ejemplo, esta Corporación, cuando se involucran autoridades de distinto judicial.

3.1. Situación última que se verifica en esta actuación, pues, conforme con los antecedentes del presente asunto, claramente se evidencia que hubo controversia sobre la

competencia del Juez radicado en la ciudad de Mocoa para conocer de la etapa de juzgamiento, en la medida que, de un lado, la defensa solicitó la radicación del asunto en autoridad distinta, mientras fiscalía y judicatura rehusaron tal propuesta.

Luego, correcto fue el proceder de la funcionaria remitente, en la medida que una vez identificó el debate respecto de tal temática y que la misma involucraba a despachos de distinto distrito judicial, procedió a remitir el proceso a esta Corporación para decidir lo pertinente.

4. De manera que acatado el trámite de rigor, corresponde a la Sala establecer cuál es la autoridad llamada a conocer la actuación seguida en contra de James Hermenegildo Mosquera Torres, por el delito de peculado por apropiación agravado.

4.1. Al respecto, el artículo 43 del estatuto procesal señala:

«...Competencia. Es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde ocurrió el delito.

Cuando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, éste se hubiere realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde se formule acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación...”.

A su vez, el artículo 42 de la Ley 906 de 2004 dispone que, para efectos de juzgamiento, el territorio nacional se divide en distritos, circuitos y municipios, por lo cual los Jueces Penales del Circuito Especializados conocen de los delitos cometidos en el correspondiente Distrito Judicial, los Jueces Penales del Circuito conocen de aquellos punibles perpetrados en el territorio que comprende el respectivo circuito, mientras que los Jueces Municipales se ocupan de aquellos asuntos acaecidos en su municipio.

4.2. Ahora, tiene establecido la Sala que el marco fáctico y jurídico con soporte en el cual se analiza la competencia del juzgador, está dado por el indicado en el respectivo escrito de acusación. Así se ha sostenido:

1. En el sistema de enjuiciamiento penal adoptado en nuestro país por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la confección y la presentación del pliego acusatorio como presupuesto indispensable del inicio del juicio público, oral, con inmediación de pruebas, contradictorio y concentrado (art. 250 Const. Política). Uno de los requisitos, quizás el más importante, de la acusación es una “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”, incluyendo las circunstancias temporales, espaciales y modales en que éstos se desarrollaron (art. 8, lit. h, C.P.P./2004).

En especial, la determinación por el acusador del lugar en que acaeció la conducta punible es trascendente para determinar la competencia territorial, pues según lo ordena el artículo 43, inciso 1, de la Ley 906 de 2004, el juzgamiento deberá adelantarlo el juez de aquel sitio. Debido a ello, al contener el escrito de acusación el marco fáctico y jurídico que regulara el marco de desarrollo de la fase de juzgamiento, se erige como el estandarte o parámetro para fijar la competencia judicial y, por ende, debe respetarse a cabalidad los términos circunstanciales allí consignados.» (AP935-2019 Rad. 54811)

«... cuando se impugna la competencia se entiende que se está promoviendo un trámite orientado exclusivamente a definir el juez que debe conocer el asunto, de cara a las reglas que sobre la materia el ordenamiento procesal penal ha consagrado, sin que ello implique para quien decide, emitir valoraciones en torno a la estructuración de los delitos objeto de acusación o la concurrencia de agravantes específicas, porque de hacerlo comportaría la intromisión en asuntos propios del juicio.» (CSJ AP3352-2018)

4.3. Y para el caso, de acuerdo con el escrito de acusación se tiene que a James

Hermenegildo Mosquera Torres únicamente se le atribuye el delito de peculado por apropiación agravado –artículo 397, inciso 2, del Código Penal-, bajo el entendido que se apropió de una cifra superior a los \$1.000.000.000 del sistema de seguridad social en salud.

Sobre dicha conducta, la jurisprudencia es pacífica en sostener que se consuma «cuando se concreta el acto apropiatorio, esto es, el acto de transferencia de los bienes del Estado, a los de quien se apodera de ellos»⁷.

Suceso que bajo lo expuesto en el escrito de acusación, no se tiene certeza en cuanto a su lugar concreto de ocurrencia, en tanto se desconoce el sitio donde estaba fijada la cuenta bancaria⁸ desde la cual el procesado habría ejecutado las transferencias a la EPS Selva Salud y, de las que se dice, no fueron realizadas por el monto correspondiente a la cartera e intereses pagados por los municipios de Quibdó e Istmina una vez realizados los descuentos autorizados.

En ese sentido, de acuerdo con el contrato de prestación de servicios No. 200712003, cláusula segunda, el procesado en su calidad de contratista estaba habilitado para recibir en sus cuentas bancarias los rubros recuperados a través de sus gestiones e, incluso, para descontar el valor correspondiente al 8% de honorarios pactados. Sin embargo, luego de ello, estaba obligado a girar el excedente a la entidad contratante, reprobándosele, precisamente que, dicho traspaso no se hizo en la cuantía correcta y con ello se apropió de una suma superior a lo que convencional y legalmente estaría legitimado.

Lo anterior permite entonces sostener que el momento consumativo del referido comportamiento delictivo tiene lugar cuando el procesado transfiere a la empresa contratante un menor valor de aquellas sumas giradas por los municipios de Quibdó e Istmina, y en esas condiciones al no identificarse en el escrito de acusación o en los soportes que aportó la defensa en apoyo de su postulación, al menos, donde estaba radicada dicha

cuenta -sólo se conoce que pertenece al Banco de Bogotá-, se advierte que no se tiene certeza del lugar de comisión del hecho punible atribuido en la actuación.

Luego, ante esa indeterminación de un sitio en concreto que permita tener por consumada la conducta punible, acorde con lo establecido en el inciso 2, del artículo 43 de la Ley 906 de 2006, debe fijarse la competencia en el circuito donde se formuló acusación que, para el presente asunto, lo fue en la ciudad de Mocoa (Putumayo), al hallarse en ésta los elementos fundamentales de la acusación.

Así, en ese sentido, se encuentra que en Mocoa se localizan los potenciales testigos que se reseñan como «personas que tienen conocimiento de los hechos»⁹ y la prueba documental con la que se dice se pretende «acreditar la denuncia efectuada por la Contraloría General de la República Colegiada del Putumayo, realizando labores de investigación tendientes a obtener la documentación del contrato de prestación de servicios No. 200112003 de 2007.», al igual que, fue desde el lugar donde se ejercieron las actividades investigativas, como lo sugiere la relación de oficios en cumplimiento de órdenes judiciales tendientes a recaudar elementos materiales, evidencia física e información que respalde la tesis acusatoria.

4. Acorde con lo anotado, se enviará la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa.

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

RESUELVE

1. ASIGNAR al Juzgado Primero Penal del Circuito de Mocoa, la competencia para conocer el proceso adelantado contra James Hermenegildo Mosquera Torres por el delito peculado por apropiación agravado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria

- 1 Registro de la audiencia a partir del minuto 11:00
- 2 Aportó copias de algunas consignaciones y peticiones a entidades bancarias.
- 3 Registro de la audiencia a partir del minuto 23:17
- 4 Registro de la audiencia a partir del minuto 29:39
- 5 Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 1395 de 2010
- 6 Postura que ha sido reiterada de forma constante y pacífica por la Sala en múltiples decisiones, entre ellas, CSJ AP 2807-2020, Rad. 58028, AP2329-2020, Rad. 58007, AP2343-2020, Rad. 58008, AP2204-2020, Rad. 58017, AP2191-2020, Rad. 57977, AP2001-2020, Rad. 57959, AP2049-2020, Rad. 57924.
- 7 CSJ AP, 12 Dic 2012, Rad. 35641, reiterado en la decisión CSJPAP843 del 6 Mar. 2019, Rad. 54800 y CSJAP5181 del 4 Dic. 2019, Rad. 56577.
- 8 En ese sentido, aun cuando el defensor acompañó su solicitud con algunas consignaciones, ninguna ofrece certeza del lugar donde tiene registrada la cuenta el imputado.
- 9 Página 7 del escrito de acusación.